

3473  
a.w. jongbloed

reële executie  
in het  
privaatrecht

*beschouwingen over reële executie  
naar geldend en wordend recht*

kluwer

deventer









# Reële executie in het privaatrecht

Beschouwingen over reële executie  
naar geldend en wordend recht

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR  
IN DE RECHTSGELEERDHEID  
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN  
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. B.M.F. VAN IERSEL  
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN  
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN  
OP DONDERDAG 25 JUNI 1987 DES NAMIDDAGS TE 3.30 UUR

DOOR

ANTHONIE WILLEM JONGBLOED

GEBOREN TE LEEUWARDEN

**promotor: Prof. mr. W.C.L. van der Grinten**

aan mijn ouders  
voor Marja

Van dit proefschrift is tevens een handelseditie verschenen onder ISBN 90 268 1659 6

© 1987 Mr A W Jongbloed, Beuningen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, en evenmin in een retrieval systeem worden opgeslagen, zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van Uitgeverij Kluwer BV te Deventer, die daartoe door de auteursrechthebbende met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher

Op de titelpagina staat één naam vermeld, de mijne. Dit betekent dat dit boek door mij geschreven is en dat ik alleen de verantwoording voor eventuele tekortkomingen draag. Toch wil de vermelding van slechts die ene naam niet zeggen dat de totstandkoming van deze uitgave uitsluitend aan mij is toe te schrijven.

Integendeel, het schrijven en uitgeven van dit boek zou niet mogelijk geweest zijn zonder de hulp van zeer velen. Het zou te ver gaan allen hier te vermelden, ik zou ook niet het risico willen lopen iemand te vergeten, maar -gelukkig- verbiedt art. 23 lid 1 van de promotieregeling van de Katholieke Universiteit om in het proefschrift dankbetuigingen op te nemen, gericht tot de promotor, de co-referent en de andere aan de universiteit verbonden docenten. Om geen rechtsongelijkheid te scheppen tussen degenen die wel en degenen die niet aan de universiteit verbonden zijn, grijp ik deze bepaling aan om hier te vermelden: ik ben hen allen dankbaar, ook al noem ik ze niet met name, zij weten dit.

Toch wil ik enkelen die zich in bijzondere mate ingespannen hebben, die mijn interesse voor de reële executie hebben gewekt, die gedurende vijf jaren de ontwikkeling van mijn proefschrift op de voet volgden, die van de vooruitgang genoten en de tegenslagen hielpen verwerken, hier uitdrukkelijk vermelden.

Als eersten zijn dit mijn ouders. Mede door hun opvoeding, hun stimulerende opmerkingen en hun meeleven heb ik dit proefschrift kunnen voltooien. Datzelfde geldt ook voor mijn zus Lydie, die, samen met mijn vader, het concept op typefouten bezag.

Mijn interesse voor de reële executie is al tijdens mijn studie aan de Rijksuniversiteit Groningen gewekt en dateert uit 1977, om precies te zijn vanaf dinsdag 15 november 1977. Prof. mr. O.K. Brahn behandelde die dag op zijn hoorcollege (een gedeelte van) het hypotheekrecht, waarbij ondermeer de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot parate executie ter sprake kwam. Als intermezzo kwam de reële executie ter sprake. In mijn aantekeningen van die dag heb ik met rood een uitroepteken geplaatst bij het betreffende gedeelte, want dat de schuldeiser buiten de schuldenaar om kan krijgen wat hem toekomt, vond en vind ik een buitengewone bevoegdheid. Later, in juni 1981, werd door prof. mr. C.J.H. Brunner gesuggereerd na te gaan in hoeverre de reële executie voldoende stof voor een proefschrift zou opleveren. Al snel bleek dat de laatste tientallen jaren aan de reële executie weinig aandacht besteed was: in 1900 verschenen NJV-preadviezen, in 1937 besprak de Broederschap der Notarissen de executoriale kracht van de notariële akte.

Als een van de weinige junior wetenschappelijk medewerkers had ik bij mijn indiensttreden een proefschriftonderwerp, zodat ik na het inventariseren van de voornaamste literatuur en rechtspraak een onderzoeksoptzet kon maken en begin 1982 de eerste gedachten inzake de reële executie op papier kon zetten. Toen was al duidelijk dat het te onderzoeken rechtsgebied beperkt zou moeten zijn en dat (bijna) geen handelsrechtelijke aspecten in het onderzoek betrokken zouden kunnen worden, omdat dit boekwerk anders te lijvig zou worden. Dit betekent

dat ik het auteurs-, octrooi-, en merkenrecht niet in mijn beschouwingen heb betrokken, hoewel ik er niet aan twijfel of ook deze rechtsgebieden bevatten interessante aspecten inzake de reële executie.

Ook de goede sfeer binnen de sectie Algemene Inleiding heeft ertoe bijgedragen dat dit proefschrift nu voor U ligt. Arbeidsvreugde is een groot goed, en er is geen dag geweest dat ik met tegenzin aan mijn werk begon.

Vele bladzijden zijn getypt en gecorrigeerd door Ciska Jolink en Anja de Jonge. Laatstgenoemde heeft mij als student-assistente ook bijgestaan bij het achterhalen van de literatuur die aan dit proefschrift ten grondslag ligt. Soms was het lastig, maar bij alle genoemde bronnen is het gelukt. In dit opzicht moet ook Carolus Grutters genoemd worden, aangezien hij ervoor gezorgd heeft dat alles ook computertechnisch in orde kwam. Het ontwerpen van een omslag voor dit proefschrift was bij Marijke Pielage in uitstekende handen. Zij gaf het begrip reële executie een grafische vorm die aansloot bij mijn gedachten daaromtrent.

De ereplaats in dit voorwoord is echter weggelegd voor mijn lieve echtgenote. Marja, jij hebt het intensiefste met mij meegeleefd. Ik ben ervan overtuigd dat zonder jou dit proefschrift nu niet gereed zou zijn.

Tot slot. Literatuur en jurisprudentie zijn verwerkt tot 1 december 1986. Met nadien verschenen literatuur en jurisprudentie kon slechts in beperkte mate rekening gehouden worden. Zo kreeg ik Hof 's-Gravenhage 30 mei 1986 (BR 1986, blz. 698 en Kwartaalbericht Nieuw BW 1987, blz. 29) te laat onder ogen om nog in de tekst te kunnen verwerken. Het Haagse hof heeft goed gemotiveerd aangegeven waarom anticipatie op art. 3.11.4 NBW nu al mogelijk is en heeft daarmee afstand genomen van de door mij onder de titel "Levering onroerend goed nu al reeel executabel?" in WPNR 5624 (1982) opgeworpen bezwaren. Zoals uit mijn annotatie van pres. rb. Arnhem 21 augustus 1986 in de Praktijkids van april 1987 blijkt, is deze Haagse uitspraak (samen met de overige in dit proefschrift genoemde rechtspraak die reële executie bij de levering van onroerend goed mogelijk acht) voor mij reden geweest terug te komen op mijn opvatting. Ik acht de verandering tot levering van onroerend goed in de door art. 3.11.4 NBW bestreken gevallen nu reeel executabel.

Beuningen, 1 maart 1987

- Asser, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht
- Asser-Abas-Brunner, id. 5, Bijzondere overeenkomsten, deel II, Huur en pacht, door P. Abas en C.J.H. Brunner, 6e druk, Zwolle 1986
- Asser-Anema-Verdam, id, Vijfde deel, Van Bewijs, door A. Anema m.m.v. P.J. Verdam, 5e druk, Zwolle 1953
- Asser-Beekhuis I, id. 3, Zakenrecht, deel I, Algemeen deel, door J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnsen en P. de Haan, 12e druk, Zwolle 1985
- Asser-Beekhuis II, id. 3, Zakenrecht, deel II, Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten, door J.H. Beekhuis m.m.v. F.H.J. Mijnsen, 11e druk, Zwolle 1983
- Asser-Van der Grinten I, id. 2, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, deel I, De vertegenwoordiging, door W.C.L. van der Grinten, 6e druk, Zwolle 1985
- Asser-Hartkamp I, id. 3, Verbintenissenrecht, deel I, De verbintenis in het algemeen volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, door A.S. Hartkamp, 7e druk, Zwolle 1984
- Asser-Hartkamp II, id. 3, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, door A.S. Hartkamp, 7e druk, Zwolle 1985
- Asser-Meijers-Van der Ploeg, id. 6, Erfrecht, door E.M. Meijers, bijgewerkt door P.W. van der Ploeg m.m.v. S. Perrick, 9e druk, Zwolle 1984
- Asser-Mijnsen-Van Velten id. 3, Zakenrecht, deel III, Zekerheidsrechten, door F.H.J. Mijnsen en A.A. van Velten, 11e druk, Zwolle 1986
- Asser-de Ruiter I, id. 1, Personen- en familierecht, deel I, door J. de Ruiter, 12e druk, Zwolle 1984
- Asser-de Ruiter II, id. 1, Personen- en familierecht, deel II, door J. de Ruiter en J.K. Moltmaker, 12e druk, Zwolle 1986
- Asser-Rutten I, id. 3, Verbintenissenrecht, deel I, De verbintenis in het algemeen, door L.E.H. Rutten, 6e druk, Zwolle 1981
- Asser-Rutten II, id. 3, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten, door L.E.H. Rutten, 6e druk, Zwolle 1982
- Asser-Rutten III, id. 3, Verbintenissenrecht, deel III, De verbintenis uit de wet, door L.E.H. Rutten, 6e druk, Zwolle 1983
- Asser-Scholten, id., Algemeen deel, door P. Scholten, 3e druk, Zwolle 1974
- Asser-Schut, id. 5, Bijzondere overeenkomsten, deel I, Koop en ruil, door G.H.A. Schut, 4e druk, Zwolle 1981
- Baumbach-Lauterbach, Beck'sche Kurz-kommentare, Band 1 Zivilprozessordnung (mit Gerichtsverfassungsgesetz und andere Nebengesetzen), begründet von A. Baumbach, fortgeführt von W. Lauterbach, nunmehr verfasst von J. Albers und P. Hartmann, 42. neubearbeitete Auflage, München 1984
- Blaauw, R.M., Executiemiddelen. De sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 31, Deventer 1980



- Bloembergen, A.R., Onrechtmatige daad: publikatie van het vonnis; recht op rectificatie, NJB 1964, blz. 337-345 en 374-381
- Bosch Kemper, J. de, Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden, aan de Staten-Generaal aangeboden den 22sten november 1820, tweede uitgave, Leiden 1864
- Boukema, C.A., Civielrechtelijke samenloop, diss. RU Leiden 1966
- Brakel, S. van, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel, 3e druk, Zwolle 1948
- Bruijn, A.R. de, De notariële akte als executoriale titel, *Ars Notarius* deel X, Haarlem 1960
- Cheshire and Fifoot's, Cheshire and Fifoot's Law of Contract, by M.P. Furmston, tenth edition, London 1981
- Coops, J.A.H. Coops, Grondtrekken van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, door P. Zonderland, R.C. Schlingemann en W.G. Dolman, 9e druk, Zwolle 1980
- Dawson, J.P., Specific performance in France and Germany, *Michigan Law Review* 57 (1958-1959), blz. 495-538
- Dekkers, R., Handboek Burgerlijk Recht, tweede uitgave, deel II, Verbintenissen, bewijsleer, contracten, zekerheden, Brussel 1971
- Delva, W., Overzicht van het Belgisch Burgerlijk Recht en Burgerlijk Procesrecht, 4e druk, Gent 1982
- Dietrich, P., Die Individualvollstreckung, *Schriften zum Prozessrecht*, Band 48, Berlin 1976
- Dijk, P.L., De kracht van de grosse van een notariële akte bij ontruiming, *Praktijkids* 1978, blz. 164-168
- Dinger, W.A., Het zakelijk karakter van het recht van den eersten kooper, diss. RU Utrecht 1919
- Doorn, W.Th.C. van, Hoe moet geregeld worden de tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke zaken, inhoudende eene veroordeling tot eene andere prestatie dan die eener geldsom, *Prae-advies* NJV 1900, 's-Gravenhage 1900
- Fischer, H.F.W.D., De geschiedenis van de reële executie bij koop, diss. Universiteit van Amsterdam 1934
- Formijne, B., De veroordeling bij zakelijke vorderingen, diss. RU Leiden 1895
- Groot, H. de, Inleidende tot de Hollandsche rechts-geleerdheid, uitgave verzorgd door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer en E.M. Meijers, met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van De Groot, Leiden 1952
- Grosheide, G.H.A., De executoriale kracht van grossen van notariële akten, *Prae-advies* Broederschap der Notarissen in Nederland, *Correspondentieblad der Broederschap der Notarissen in Nederland* 1937, blz. 231-267
- Haller Jackson, T., Specific performance of contracts in Louisiana, 24 *Tulane Law Review* (1950), blz. 401-408
- Haller Jackson, T., Specific performance in Louisiana, past and future, in: *Essays on the civil law of obligations*, ed. J. Dainow, Baton Rouge 1969, blz. 195-221
- Hartkamp, A.S., Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuw Burgerlijk Wetboek, 2e druk, Deventer 1984
- Heemskerk, W.H., Vorderingsrecht en rechtsvordering, rede Vrije Universiteit Amsterdam 1974
- Henny, J.J., De verplichting van de verkoper tot levering, diss. RU Leiden 1882

- Herbots, J.H., Rechterlijk gebod en verbod in Engeland, in het bijzonder in het contractenrecht, TPR 1983, blz. 1049-1109
- Hofmann-Van Opstall, Het Nederlandse verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen, deel 1, eerste gedeelte (artt. 1269-1301 en 1304-1348 BW) door S.N. van Opstall, 9e druk, Groningen 1976
- Hofmann-Van Opstall-Abas, Het Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen, deel 1 tweede gedeelte (artt. 1302-1303 en 1349-1387 BW) door P. Abas, 9e druk, Groningen 1977
- Hugenholtz-Heemskerk, W. Hugenholtz, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, door W.H. Heemskerk, 14e druk, 's-Gravenhage 1986
- Hugenholtz, W., Over reële executie, WPNR 3503-3505 (1937)
- Jansen op de Haar, G.A., De executoriale kracht van grossen van authentieke akten, WPNR 4605 (1959)
- Jansen, F.M.J., Executie- en beslagrecht, 2e druk, Deventer 1980
- Jeandidier, W., L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Revue trimestrielle de droit civil 1976, blz. 700-724
- Klaassen-Eggens-Luijten, Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte: Huwelijksgoederenrecht, door E.A.A. Luijten, 10e druk, Zwolle 1984
- Klaassen-Eggens-Luijten, Huwelijksgoederen- en erfrecht. Tweede gedeelte: Erfrecht, door E.A.A. Luijten m.m.v. W.R. Meijer, 9e druk, Zwolle 1982
- Kleijn, W.M., De boedelscheiding, diss. RU Leiden 1969
- Kraan, C.A., De authentieke akte, diss. Universiteit van Amsterdam 1984
- Krassa, G.F., Interaction of common law and latin law: enforcement of specific performance in Louisiana and Quebec, Canadian Bar Review 21 (1943), blz. 337-368
- Kronman, A.T., Specific performance, University of Chicago Law Review 45 (1977-1978), blz. 351-382
- Lubbers, A.G., Rechtsvergelijkende notities omtrent eigendomsoverdracht van onroerend goed, in: Onroerend goed, opstellen geschreven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de Broederschap der Notarissen in Nederland, Deventer 1968, blz. 165-205
- Luijten, E.A.A., Zwarigheden voor en na de boedelscheiding, WPNR 4660-4661 (1961)
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean, Leçons de droit civil, tome deuxième, premier volume Obligations, théorie générale, par M. de Juglart, sixième édition, Paris 1978
- Meijers, E.M., Algemene leer van het Burgerlijk Recht, deel 1, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden 1948
- Mijnssen, F.H.J., Algemene aspecten van beslag en executie, Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap, Deventer 1983
- Molengraaff, W.L.P.A., Hoe moet geregeld worden de tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke zaken, inhoudende een veroordeling tot eene andere prestatie dan een geldsom?, Prae-advies NJV 1900, 's-Gravenhage 1900
- Mulder, S.J.I.A., Kan van onroerend goed de koper den eigendom verkrijgen, wanneer de verkoper weigert mede te werken tot de levering in art. 671 BW vereischt?, diss. Universiteit van Amsterdam 1884

- Nauta, G., De executoriale kracht van grossen van notarieele akten, Prae-advies Broederschap der Notarissen in Nederland, Correspondentieblad der Broederschap der Notarissen in Nederland 1937, blz. 269-309
- Nietsch, O.K., Par. 894 ZPO. Das Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung als privatrechtsgestaltender Staatsakt unter besonderer Hervorhebung seiner Ersatzfunktion, diss. Hamburg 1965
- Nispen, C.J.J.C. van, Het rechterlijk verbod en gebod, diss. RU Leiden 1978
- Nolst Trenité, J.G.L., Executie-middelen, Rechtsgeleerd Magazijn 1900, blz. 288-310
- Ommeslaghe, P. van, La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, TPR 1984, blz. 197-232
- Onverwijld Spoed, Het kort geding en andere speedprocedures in het Nederlands recht, bundel verschenen ter gelegenheid van het zevende lustrum van de Vereniging De Jonge Balie Utrecht, Zwolle 1983
- Oudelaar, H., Recht halen, Inleiding tot het executie- en beslagrecht, studiereeks procesrecht 2, Deventer 1983
- Oven, J.C. van, De executoriale kracht van grossen van notarieele akten, WPNR 3531 (1937)
- Philips, A., Reeële executie, diss. RU Leiden 1889
- Pitlo, A. Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek
- Pitlo-Van der Burght, id. deel 5, Het erfrecht, door Gr. van der Burght, 6e druk, Arnhem 1981
- Pitlo-Bolweg, id. deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, door M.F.H.J. Bolweg, 8e druk, Arnhem 1979
- Pitlo-Brahn, id. deel 2, Het zakenrecht, door O.K. Brahn, 8e druk, Arnhem 1980
- PUG, Aanteekeningen van het verhandelde in de sectie voor rechtsgeleerdheid en staatswetenschappen ter gelegenheid van de Algemeene Vergadering van het Provinciaal Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen, gehouden den 26 juni 1883
- Rechtsvordering, Burgerlijke Rechtsvordering, losbladige Kluwer-editie met artikelsgewijze aantekeningen op het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door J.E. Doek e.a.
- Rossem-Cleveringa, van, Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door R.P. Cleveringa, 4e druk, Zwolle 1972
- Rossem, L.V. van, Kan de verkoper van onroerend goed, naar analogie van art. 1217 al. 3 BW tot de levering gedwongen worden, diss. RU Utrecht 1883
- Sauveplanne, J.G., Rechtsstelsels in vogelvucht, 2e druk, Deventer 1981
- Schonke-Baur-Sturner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. Ein Lehrbuch von F. Baur und R. Sturner, 11. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage der von A. Schonke begründeten systematischen Darstellung des Zwangsvollstreckungsrechts, Heidelberg 1983
- Schenk, W. Schenk, Het kort geding, voortgezet door J.H. Blaauw en M.E.Th. de Bruijn-Luikinga, 4e druk, Deventer 1984
- Schoordijk, H.C.F., Onderhandelen te goeder trouw, Deventer 1984
- Sipkes, O.W., De verplichting van de verkoper tot levering, diss. RU Leiden 1886

- Snijders, W., Botsende rechten op levering van éénzelfde goed, in: *Recht door zee, Liber amicorum H. Schadee*, Zwolle 1980, blz. 185-192
- Star Busmann-Rutten, C.W. Star Busmann, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, door L.E.H. Rutten m.m.v. W.H. Ariens, 3e druk, Haarlem 1972
- Stein, H. Goed beslagen, vormen en aspecten van het Nederlandse executie- en beslagrecht, Zwolle 1983
- Stein, P.A., Het nieuwe executie- en beslagrecht, wetsontwerp 16.593, NJB 1981, blz. 421-432
- Stein, P.A., Het recht op levering bij de koop van onroerend goed, WPNR 5652 (1983)
- Stein, P.A., Van de Huidenstraat naar het Sweelinck Conservatorium, NJB 1983, blz. 202-208
- Stein, P.A., Compendium van het burgerlijk procesrecht, 6e druk, Deventer 1985
- Sterk, T.A.W., Middelen tot bewaring van een recht op afgifte, in: *Van Opstallbundel*, Deventer 1972, blz. 227-237
- Szladitis, C., The concept of specific performance in civil law, *American Journal of Comparative Law* 4 (1955), blz. 208-234
- Thomas, Putzo, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, erläutert von H. Thomas und H. Putzo, zwölfte, neubearbeitete Auflage, München 1982
- Treitel, G.H., The law of contract, sixth edition, London 1983
- Treitel, G.H., International encyclopedia of comparative law, volume VII, Contracts in general, chapter 16, Remedies for breach of contract, Tübingen/The Hague/Paris 1976
- Veegens, J.D., Reële executie, Themis 1900, blz. 515-528
- Velten, A.A. van, Kopers en economische eigenaars van onroerend goed, diss. Universiteit van Amsterdam 1982
- Velten, A.A. van, Verkopers verplichting tot (vrije en onbezwaarde) levering van onroerende zaken in het NBW, WPNR 5671-5672 (1983)
- Verslag Verslag van de Algemene Vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap, gehouden te Rotterdam op vrijdag 16 september 1983 (Bijvoegsel behorend bij WPNR 5705)
- Wedeven, H.L., Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten, WPNR 5018 (1968)
- Zöller, Zivilprozessordnung, begründet von R. Zoller, bearbeitet von R. Geimer u.a., 13. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1981
- Zweigert und Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band II, Institutionen, 2. neubearbeitete Auflage, von K. Zweigert und H. Kötz, Tübingen 1984

# LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA of AAe	Ars Aequi
aant.	aantekening
ABGB	Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch (Oostenrijk)
abs.	absatz
AD	Anno Domini
Adv.bl.	Advocatenblad
afd.	afdeling
AG	Advocaat-Generaal
All E.R.	All England Law Reports (Engeland)
amvb	algemene maatregel van bestuur
APR	Algemene Praktische Rechtsverzameling (Belgie)
art.	artikel
a.w.	aangehaald werk
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BGB	Burgerliches Gesetzbuch (BRepD)
BGBI	Bundesgesetzblatt (BRepD)
BGH	Bundesgerichtshof (BRepD)
BIE	Bijblad bij De Industriële Eigendom
BR	Bouwrecht
BRH	Belgische Rechtspraak in Handelszaken
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BRepD)
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Hof van Cassatie (Belgie), Cour de Cassation (Frankrijk)
CC	Code Civil (Belgie, Frankrijk)
CCI	Codice Civile (Italie)
CCL	Code Civil Louisiana of Civil Code Louisiana
CCQ	Code Civil Quebec of Civil Code Quebec
CG	Centrale Grondkamer
CPC	Code de Procedure Civile (Frankrijk)
CPCI	Codice de Procedura Civile (Italie)
cq	casu quo, in het geval; dan wel
D.	Digesten
De GM & G	De Gex Macnaghten and Gordon's English Chancery Report (Engeland)
diss.	dissertatie/proefschrift
ed	edition
ECRM	Europese Conventie voor de Rechten van de Mens
EKW	Eenvormige Koopwet
EO	Exekutionsordnung (Oostenrijk)
F	Faillissementswet
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (BRepD)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BRepD)
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
Gem.wet	Gemeentewet
Ger.W	Gerechtelijk Wetboek (Belgie)
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
Hw	Huurwet
Hyp.w.	Hypotheekwet (Belgie)
i.c.	in casu, in dit geval

id.	idem
Inst.	Institutiones
JBL	Journal of Business Law
JZ	Juristenzeitung (BRepD)
K	Wetboek van Koophandel
KB	Koninklijk Besluit
Kdw.	(ontwerp-)Kadasterwet
KG	Kort Geding
KNB	Koninklijke Notariale Broederschap
Ktg.	Kantongerecht
m.b.t.	met betrekking tot
MDR	Monatschrift fur Deutsches Recht (BRepD)
Menz.	Hon. W. Menzies, Cases decided in the Supreme Court of the Cape of Good Hope, 1820-1850 (Zuid-Afrika)
m.i.	mijs inziens
m.m.v.	met medewerking van
MvA I resp. II	Memorie van Antwoord (Eerste resp. Tweede Kamer)
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristischen Wochenschrift (BRepD)
NRv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat zal luiden nadat de wet van 7 mei 1986, Stb. 295 zal zijn ingevoerd
NvW	Nota van Wijzigingen
o.g.v.	op grond van
OLG	Oberlandesgericht (BRepD)
OM	Openbaar Ministerie
OR	Obligationenrecht (Zwitserland)
OW	Onteiningswet
par.	paragraaf
Pas.	Pasicrisie (Belgie)
Pb.	Pachtbesluit
PG	Procureur-Generaal
PG boek ...	Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, boek ...
prft.	proefschrift
PRG	Praktijkids
Pw	Pachtwet
PW	Periodiek Woordenboek van administratieve en geregelijke beslissingen, in zaken van Registratie, Griffie, Hypotheken, Successien, Notariaat, enz., enz.
Ramanathan	P. Ramanathan, Judgements of the Supreme Court and High Court of Appeal, Ceylon, 1820-1833
Rb.	(Arrondissements)rechtbank
Rec. Dall.	Recueil Dalloz (Frankrijk)
Rec. Sirey	Recueil Sirey (Frankrijk)
RCJB	Revue Critique de Jurisprudence Belge (Belgie)
RGAR	Revue Generale des Assurances et des Responsabilités (Belgie)
RM	Rechtsgeleerd Magazijn
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie

<b>RU</b>	<b>Rijksuniversiteit</b>
<b>Rv.</b>	<b>Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering</b>
<b>RvdW</b>	<b>Rechtspraak van de Week</b>
<b>RvS</b>	<b>Raad van State</b>
<b>RW</b>	<b>Rechtskundig Weekblad (België)</b>
<b>SGA</b>	<b>Sale of Goods Act (Engeland, Schotland)</b>
<b>Stb.</b>	<b>Staatsblad</b>
<b>Sr.</b>	<b>Wetboek van Strafrecht</b>
<b>Sv.</b>	<b>Wetboek van Strafvordering</b>
<b>t.</b>	<b>tome</b>
<b>t.a.p.</b>	<b>ter aangehaalde plaatse</b>
<b>t.a.v.</b>	<b>ten aanzien van</b>
<b>TM</b>	<b>Toelichting Meijers</b>
<b>TPR</b>	<b>Tijdschrift voor Privaatrecht (België)</b>
<b>Trb.</b>	<b>Tractatenblad</b>
<b>TVVS</b>	<b>Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen</b>
<b>UCC</b>	<b>Uniform Commercial Code (USA)</b>
<b>vgl.</b>	<b>vergelijk</b>
<b>VPO</b>	<b>Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen</b>
<b>VV I resp. II</b>	<b>Voorlopig Verslag (Eerste resp. Tweede Kamer)</b>
<b>Vz.</b>	<b>Voorzitter</b>
<b>W</b>	<b>Weekblad van het Recht (1839-1935)</b>
<b>WNH</b>	<b>Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland</b>
<b>WLR</b>	<b>Weekly Law Reports (Engeland)</b>
<b>WNR</b>	<b>zie WPNR</b>
<b>WPNR</b>	<b>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</b>
<b>WTL</b>	<b>Wet teboekgestelde luchtvaartuigen</b>
<b>ZGB</b>	<b>Zivilgesetzbuch (Zwitserland)</b>
<b>z.j.</b>	<b>zonder jaartal, zonder datum</b>
<b>z.pl.</b>	<b>zonder plaats</b>
<b>ZPO</b>	<b>Zivilprozessordnung (BRepD)</b>
<b>ZZR</b>	<b>Zeitschrift für Zivilprozess (BRepD)</b>



<u>WOORD VOORAF</u> . . . . .	<u>vii</u>
<u>Geraadpleegde literatuur</u> . . . . .	<u>ix</u>
<u>Lijst van gebruikte afkortingen</u> . . . . .	<u>xiv</u>
<u>1 Inleiding</u> . . . . .	<u>1</u>
1.1 Indeling van het recht . . . . .	1
1.2 Het begrip reele executie . . . . .	2
1.2.1 In de literatuur gemaakte onderscheidingen . . . . .	2
1.2.2 Eigen opvatting . . . . .	4
1.3. Nakoming-reële executie, mogelijkheid en onmogelijkheid . . . . .	6
1.3.1 Onmogelijkheid tot nakoming . . . . .	6
1.3.2 De (on)mogelijkheid van reële executie . . . . .	7
1.3.2.1 Bevoegdheid tot reële executie op basis van de wet . . . . .	8
1.3.2.2 Een ongeschreven hoofdregel . . . . .	8
1.3.2.3 Nadere verdeling verbintenissen . . . . .	10
1.3.2.4 Moet de rechter reële executie bevelen? . . . . .	12
1.4 Onderscheiding van andere rechtsbegrippen . . . . .	15
1.5 Overzicht van de hiernavolgende hoofdstukken . . . . .	17
<u>2 Historisch overzicht</u> . . . . .	<u>19</u>
2.1 Het Romeinse recht . . . . .	20
2.2 Het "inheemse" oud-vaderlandse recht . . . . .	21
2.3 Het oud-vaderlandse recht . . . . .	23
2.4 De Bataafs-Franse periode . . . . .	26
<u>3 Verbintenissenrecht</u> . . . . .	<u>29</u>
3.1 Algemeen . . . . .	29
3.2 De vereisten die art. 1356 BW stelt . . . . .	29
3.2.1 Toestemming, handelingsbekwaamheid en bepaalbaar onderwerp . . . . .	29
3.2.2 Geoorloofde oorzaak . . . . .	30
3.3 Onderscheiding van verbintenissen naar prestatie . . . . .	33
3.3.1 Verbintenissen om te doen . . . . .	33
3.3.2 Verbintenissen om niet te doen . . . . .	36
3.3.3 De artikelen 1275, 1276 en 1277 BW . . . . .	38
3.4 Bestaan er aan reële executie verwante rechtsfiguren? . . . . .	45
3.5 Reële executie bij enige benoemde overeenkomsten . . . . .	47
3.5.1 Koop en verkoop . . . . .	47
3.5.2 Huur en verhuur . . . . .	48
3.5.2.1 De artt. 1623j en 1634 BW . . . . .	49
3.5.2.2 De Huurwet . . . . .	51
3.5.3 Pacht . . . . .	52
3.5.3.1 Art. 26 Pachtwet . . . . .	53
3.5.3.2 Art. 30 Pachtwet . . . . .	57
3.5.3.3 Het voorkeursrecht van de pachter . . . . .	58
3.5.4 Overeenkomsten tot het verrichten van arbeid . . . . .	60
3.5.4.1 De overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten . . . . .	61
3.5.4.2 De arbeidsovereenkomst . . . . .	61

3.5.4.3 Aanneming van werk	63
3.5.5 Art. 1788 BW	64
3.6 Herstel in de oude toestand en schadevergoeding in natura	64
3.7 Twee bijzondere onderwerpen	68
3.7.1 De verplichting tot verder onderhandelen	68
3.7.2 De natuurlijke verbintenis	71
<b>4 Zakenrecht</b>	<b>72</b>
4.1 Algemeen	72
4.2 De verbintenis om te geven	75
4.2.1 Roerende zaken en schuldvorderingen	78
4.2.2 Onroerende zaken	80
4.2.3 Dubbele verkoop	88
4.3 Gedwongen ontruiming	89
4.3.1 Strafrechtelijke aspecten	90
4.3.2 De civielrechtelijke vordering tot ontruiming	91
4.3.2.1 Twee uitspraken van de Hoge Raad uit 1977 en 1979	91
4.3.2.2 De Huidenstraat-methode	94
4.3.2.3 Ontruiming op basis van een vonnis van de kantonrechter	99
4.3.2.4 De verkoop van onroerend goed op een veiling	102
4.3.2.5 Ontruiming van roerend goed	104
4.4 Doorhaling hypothecaire inschrijving en transportakte	105
4.4.1 Doorhaling hypothecaire inschrijving	105
4.4.2 Doorhaling transportakte	109
<b>5 Erfrecht</b>	<b>113</b>
5.1 De onzijdig persoon (art. 1117 BW)	113
5.2 Het bevel tot openbare verkoop	116
5.3 Gedwongen schuldverrekening	120
<b>6 Personen- en familierecht</b>	<b>123</b>
6.1 Akten van de burgerlijke stand	123
6.2 Trouwbeloften en huwelijksvoltrekking	124
6.3 Huwelijks toestemming minderjarige en onder curatele gestelde	127
6.4 Huwelijksrouw en -inbreuk	128
6.5 Afgifte van minderjarigen	131
6.5.1 Algemeen	131
6.5.2 Omgangsregelingen	131
6.5.2.1 Algemeen	131
6.5.2.2 Sancties	135
6.5.3 Geen omgangsregeling	138
6.5.4 Omgangsregeling met anderen dan de ouders	138
6.5.5 Huisdieren	139
6.6 Omgangsrecht tussen ex-partners, contactverbod	139
<b>7 De notariële akte basis voor reële executie?</b>	<b>141</b>
7.1 Inleiding	141
7.2 Historisch overzicht	142
7.3 Art. 436 Rv.: een driedeling	144
7.3.1 Formele vereisten; het authentieke karakter van de akte	144

7.3.2 Grosse, soorten akten . . . . .	145
7.3.3 Verdere formele eisen . . . . .	147
7.3.4 De verwijzing in art. 436 Rv. naar andere artikelen . . . . .	148
7.4 De gelijkstelling van vonnis en akte . . . . .	150
7.4.1 Algemeen . . . . .	150
7.4.2 Een geldsom . . . . .	151
7.4.3 De verplichting om iets anders dan een geldsom te geven . . . . .	152
7.4.4 De verplichting om (niet) te doen . . . . .	153
7.4.5 De verplichting om te dulden . . . . .	154
7.5 Verdere aspecten . . . . .	155
7.6 De mogelijkheid van een tweede executoriale titel . . . . .	156
7.7 Afronding van de beschouwingen over de notariële akte . . . . .	157
7.8 Andere authentieke akten/executoriale titels . . . . .	158
7.9 Nog sneller, nog goedkoper? . . . . .	159
<b>8 Reële executie in het procesrecht . . . . .</b>	<b>161</b>
8.1 Algemeen . . . . .	161
8.2 Comparitie van partijen voor minnelijke schikking (art. 19 Rv.) . . . . .	162
8.3 Maatregelen tegen onwillige getuigen na tweede weigering . . . . .	162
8.4 Teruggave huurkoopgoederen . . . . .	163
8.4.1 Teruggave in huurkoop overgedragen zaak bij voorraad . . . . .	163
8.4.2 Tenuitvoerlegging bevelen tot teruggave huurkoopgoederen . . . . .	165
8.4.2.1 Algemeen . . . . .	165
8.4.2.2 Art. 490a Rv. . . . .	166
8.4.2.3 Art. 490b Rv. . . . .	166
8.4.2.4 Art. 490c Rv. . . . .	167
8.4.2.5 Art. 490d Rv. . . . .	167
8.5 Het kort geding (artt. 289-297 Rv.) . . . . .	168
8.5.1 Algemeen . . . . .	168
8.5.2 Medewerking aan transportakte onroerend goed . . . . .	169
8.6 De artt. 444-444b Rv: opening van gesloten deuren, etc. . . . .	170
8.7 Gerechtelijke uitwinning van onroerende goederen (art. 491 e.v.) . . . . .	174
8.7.1 Algemeen . . . . .	174
8.7.2 De notariële verkoop . . . . .	175
8.8 Lijfswang, dwangsom en de cumulatie met reële executie . . . . .	177
8.8.1 Algemeen . . . . .	177
8.8.2 Lijfswang (art. 585 e.v. Rv.) . . . . .	178
8.8.3 Dwangsom (art. 611a e.v. Rv.) . . . . .	182
8.8.4 Cumulatie met reële executie . . . . .	185
8.9 Middelen tot bewaring van recht (artt. 721-770k Rv.) . . . . .	190
8.9.1 Algemeen . . . . .	190
8.9.2 Conservatoir beslag ter verzekering levering onroerend goed . . . . .	191
8.9.3 Revindicatoir beslag (de artt. 721-726 Rv.) . . . . .	195
8.9.4 De artt. 770f en 770g Rv. . . . .	197
8.10 Het doen van rekening en verantwoording (artt. 771-793 Rv.) . . . . .	198
8.11 Maritaal beslag . . . . .	200
8.12 Scheiding: gebruik echtelijke woning en afgifte minderjarige . . . . .	201

8.12.1 Gebruik echtelijke woning . . . . .	202
8.12.2 Afgifte minderjarigen . . . . .	202
8.13 Overige bepalingen in boek III . . . . .	204
8.14 Conclusie . . . . .	204
<b>9 Rechtsvergelijking . . . . .</b>	<b>205</b>
9.1 Inleiding . . . . .	205
9.2 De Bondsrepubliek Duitsland . . . . .	206
9.2.1 Algemeen . . . . .	207
9.2.2 De afgifte van zaken (par. 883-886 ZPO) . . . . .	208
9.2.2.1 Par. 883 (Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen) . . . . .	208
9.2.2.2 Par. 884 (Leistung vertretbarer Sachen) . . . . .	210
9.2.2.3 Par. 885 (Herausgabe von Grundstücken oder Schiffen) . . . . .	210
9.2.2.4 Par. 886 (Herausgabe bei Gewahrsam eines Dritten) . . . . .	211
9.2.3 Het verwezenlijken van andere handelingen (par. 887-893 ZPO) . . . . .	212
9.2.3.1 Par. 887 (Zwangsvollstreckung bei vertretbaren Handlungen) . . . . .	212
9.2.3.2 Par. 888 (Zwangsvollstreckung bei unvertretbaren Handlungen) . . . . .	214
9.2.3.3 Overzicht van wat onder par. 887 resp. par. 888 ZPO valt . . . . .	215
9.2.3.4 Par. 890 (Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen) . . . . .	216
9.2.4 De par. 894-898 ZPO . . . . .	217
9.2.4.1 Par. 894 (Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung) . . . . .	217
9.2.4.2 Par. 897 (Übergabe bei Verurteilung zur Übertragung) . . . . .	218
9.2.5 Het materiele recht . . . . .	219
9.2.6 Zwitserland . . . . .	221
9.3. Anglo-amerikaanse en anglo-romaanse stelsels . . . . .	223
9.3.1 Engeland . . . . .	223
9.3.1.1 Algemeen . . . . .	223
9.3.1.2 Common law en equity, real property en personal property . . . . .	225
9.3.1.3 Specific performance en injunction . . . . .	226
9.3.2 De Verenigde Staten van Amerika . . . . .	232
9.3.2.1 Algemeen . . . . .	232
9.3.2.2 Enkele bepalingen uit de Uniform Commercial Code . . . . .	233
9.3.3 Louisiana . . . . .	235
9.3.4 Schotland . . . . .	237
9.3.5 Romeins-Hollands recht: Zuid-Afrika . . . . .	238
9.4 Romaanse rechtsstelsels . . . . .	242
9.4.1 België . . . . .	242
9.4.1.1 Algemeen . . . . .	242
9.4.1.2 De verbintenis om te geven . . . . .	246
9.4.1.3 De verbintenis om iets te doen of niet te doen . . . . .	251
9.4.1.4 De gelijkstelling van de notariële akte . . . . .	256
9.4.1.5 Enige rechtspraak en literatuur over herstel in natura . . . . .	258

9.4.2 Frankrijk . . . . .	261
9.4.3 Italië . . . . .	263
9.5 Een vergelijking van de diverse rechtsstelsels . . . . .	268
<b>10 Het wordend recht . . . . .</b>	<b>273</b>
10.1 Algemeen . . . . .	273
10.2 Het ten onrechte opnemen van de artt. 3.11.1-3.11.4a in het NBW . . . . .	275
10.3 De regeling van de reële executie in boek 3 titel 11 NBW . . . . .	282
10.3.1 Art. 3.11.1 NBW . . . . .	282
10.3.2 Een overzicht van toepasselijke wetsbepalingen . . . . .	285
10.3.3 Reële executie bij de verplichting tot afgifte . . . . .	286
10.3.4 Botsende rechten op levering (art. 3.11.2a) . . . . .	289
10.3.5 Reële executie bij de plicht tot feitelijk doen of nalaten . . . . .	305
10.3.6 De verplichting tot het verrichten van een rechtshandeling . . . . .	307
10.3.7 Inschrijving uitspraak c.q. rechtsmiddel in openbare registers . . . . .	312
10.3.8 Overgangsrechtelijke aspecten . . . . .	315
10.4 De uitwerking van de artt. 3.11.2-3.11.4a NBW in (N)Rv. . . . .	317
10.4.1 De artt. 430-438a en 700-710 NRv. . . . .	317
10.4.1.1 Algemeen . . . . .	317
10.4.1.2 De artt. 430-438a NRv. . . . .	318
10.4.1.3 De artt. 700-710 NRv. . . . .	322
10.4.2 De artt. 491-500 NRv. . . . .	325
10.4.2.1 Algemeen . . . . .	325
10.4.2.2 Art. 491 NRv. . . . .	326
10.4.2.3 Art. 492 NRv. . . . .	327
10.4.2.4 Art. 493-496 en 498-500 NRv. . . . .	328
10.4.2.5 Art. 497 NRv. . . . .	329
10.4.3 De artt. 730-737 NRv. . . . .	330
10.4.3.1 Algemeen . . . . .	330
10.4.3.2 De afzonderlijke bepalingen . . . . .	331
10.4.4 Gedwongen ontruiming . . . . .	335
10.5 Overige bepalingen die te maken hebben met reële executie . . . . .	339
10.5.1 Overige bepalingen in het NBW . . . . .	340
10.5.1.1 Art. 3.1.2.2. NBW: inschrijving bepaalde feiten . . . . .	340
10.5.1.2 Doorhaling en waardeloosverklaring van inschrijvingen . . . . .	342
10.5.1.3 Teruggave geschrift waaruit volmacht blijkt . . . . .	344
10.5.1.4 De onzijdig persoon . . . . .	345
10.5.1.5 De verdeling door de rechter: de adiudicatio . . . . .	348
10.5.1.6 De bevoegdheid van de schuldeiser tot executie/verrekening . . . . .	350
10.5.1.7 Schadevergoeding in specifieke vorm . . . . .	352
10.5.1.8 Drie bepalingen uit boek 7 NBW . . . . .	355
10.5.1.9 De artt. 8.3.2.10 en 8.8.2.11 NBW . . . . .	357
10.5.2 Nog enkele bepalingen uit NRv. . . . .	358
10.5.3 Drie bepalingen uit de Kadasterwet . . . . .	359
10.6 De belangrijkste verschillen tussen huidig en wordend recht. . . . .	362

<u>Samenvatting</u> . . . . .	<u>367</u>
<u>Summary</u> . . . . .	<u>372</u>
<u>Jurisprudentieregister</u> . . . . .	<u>381</u>
<u>Trefwoordenregister</u> . . . . .	<u>394</u>
<u>Artikelenregister</u> . . . . .	<u>397</u>

### 1.1 INDELING VAN HET RECHT

Er bestaan verschillende wijzen waarop wij het recht kunnen indelen. Een tweedeling die vaak gemaakt wordt is die in objectief recht (=het geheel van op een bepaald moment geldende normen) en subjectief recht (=de individuele bevoegdheid die een bepaald persoon ontleent aan het objectieve recht).<sup>1</sup>

Het objectieve recht wordt veelal onderscheiden in materieel en formeel recht.<sup>2</sup> Onder materieel recht worden de normen verstaan die ten doel hebben het maatschappelijk verkeer te regelen (het is het "eigenlijke" recht dat de rechten en verplichtingen aangeeft en bevoegdheden toekent), terwijl men met formeel recht de normen aanduidt die ertoe dienen die materiele maatschappelijke gedragsnormen "tot hun recht" te laten komen. Materieel en formeel recht blijken nauw met elkaar samen te hangen. Wanneer de door de wet toegekende bevoegdheid slechts in naam bestaat en niet te verwezenlijken is, blijkt die bevoegdheid een loze krete te zijn. Om te zorgen dat de gerechtigde zijn bevoegdheid inderdaad kan uitoefenen, verschaft het formele recht (ook wel procesrecht genoemd) een aantal middelen. Gezegd kan worden dat materieel recht en formeel recht in elkaars verlengde liggen, een aanvulling op elkaar vormen,<sup>3</sup> waarbij de scheidslijn tussen de beide gebieden vaak moeilijk en soms niet te trekken is.

Het materieel privaatrecht is ondergebracht in het Burgerlijk Wetboek, in het Wetboek van Koophandel en in diverse andere wetten zoals de Pachtwet. Het recht dat de op deze regels berustende bevoegdheden moet realiseren is minder eenvoudig een plaats te geven. Enerzijds wordt de materieelrechtelijke positie omlijnd en wordt daar pas vorm en inhoud aan gegeven door het recht om deze positie te handhaven c.q. te realiseren, anderzijds wordt het materiele recht op belangrijke wijze beïnvloed door hetgeen beslist wordt in een procedure tot rechtshandhaving. Dit betekent dat het rechtshandavingsrecht niet louter als formeel recht moet worden beschouwd en dat de opnemng ervan in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering<sup>4</sup> niet ieders instemming

<sup>1</sup> Vgl. Van Apeldoorn-Leijten, Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht, 18e herziene druk, Zwolle 1985, blz. 35 e.v., speciaal blz. 45 e.v.; Asser-Scholten, blz. 13 e.v.

<sup>2</sup> Van Apeldoorn-Leijten, blz. 151, 181, 277, 282 e.v., 295, 323 e.v.; Th. B. ten Kate, Procesregels naar de kern genomen, in de Haardt-bundel Een goede procesorde, Deventer 1983, blz. 71; P.A. Stein, Compendium van het burgerlijk procesrecht, zesde druk, Deventer 1985, blz. 21-22.

<sup>3</sup> Zo maakten de Romeinen geen systematisch onderscheid tussen (materieel) privaatrecht en procesrecht; vgl. Kaser-Wubbe, Romeins privaatrecht, 2e, herziene en bijgewerkte druk, Zwolle 1971, blz. 36 en 375. Zie ook de opmerkingen van W.L. Haardt in Verslag Algemene Vergadering Koninklijke Notariele Broederschap 1983, blz. 25.

<sup>4</sup> En ook de regeling van het komend recht: enerzijds boek 3 titel 11 en boek 6 titel 1, afdelingen 6, 8 en 9 NBW, anderzijds het tweede boek van het gewijzigde Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.



heeft.<sup>5</sup>

In boek II van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft de wetgever een regeling gegeven van de gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten. Na een algemene titel worden de dwangmiddelen geregeld: het beslag (artt. 439 e.v.), de lijfswang (artt. 585 e.v.) en de dwangsom (artt. 611a e.v.). Beslag strekt tot geldelijk verhaal, terwijl met behulp van lijfswang en dwangsom de schuldeiser de schuldenaar er toe hoopt te brengen alsnog de overeengekomen prestatie te leveren. Deze dwangmiddelen kunnen niet verzekeren dat de schuldenaar inderdaad nakomt; het zijn slechts indirecte executiemiddelen: zij proberen de schuldenaar er toe te brengen alsnog na te komen door hem een krachtige aansporing te geven en hem in een nadeliger toestand te brengen wanneer hij niet op deze pressie reageert. De schuldeiser zal veel liever beschikken over een bevoegdheid die hem juist datgene verschafft waar hij recht op heeft. Beloofde de beroemde schilder Q een portret van hem te vervaardigen, kocht hij het huis aan de Kamperfoelielaan nr. 123 of beloofde zijn buurman de overhangende boomtakken te laten afzagen, dan wil de schuldeiser dié prestatie en staat de eventueel te verkrijgen schadevergoeding in geld daarbij achter. Het gaat om de overeengekomen prestatie, niet om de schadevergoeding: deze is slechts een surrogaat.

## 1.2 HET BEGRIJP REELE EXECUTIE

### 1.2.1 In de literatuur gemaakte onderscheidingen

De betekenis van de term "reële executie" is allerm minst vastomlijnd, de een geeft een veel ruimere inhoud aan de term dan de ander. In de literatuur worden verschillende onderscheidingen gemaakt waarbij tegenover elkaar gesteld worden:<sup>6</sup>

- reële executie en verhaalsexecutie;<sup>7</sup>
- reële executie en zijdelingse dwangmiddelen;<sup>8</sup>
- directe en indirecte reële executie;<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Vgl. W.H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, rede VU 1974, en par. 10.2, waar de vraag aan de orde komt of de regeling van het huidige boek 3, titel 11 NBW niet beter kan worden overgebracht naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

<sup>6</sup> Vgl. R.M. Blaauw, *Executiemiddelen*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, geschrift no. 31, 1980, blz. 10; Oudelaar, par. 26.

<sup>7</sup> Bijvoorbeeld Burgerlijke Rechtsvordering (hierna aan te duiden als *Rechtsvordering*), losbladige editie, Kluwer, Deventer, II aant. 9 ad titel 1 door F.M.J. Jansen.

<sup>8</sup> Hofmann-Van Opstall, blz. 41 e.v.; Meijers, WPNR 3945, blz. 273; J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken verbintenissenrecht*, Deventer 1974, blz. 71; Van Nispen, diss., no. 13; Oudelaar, par. 26 en 30; *Rechtsvordering* II, titel 1, aant. 9; Stein, *Compendium*, blz. 251; Sterk in Van Opstallbundel, blz. 227.

<sup>9</sup> Asser-Rutten I, zesde druk, Zwolle 1981, blz. 156; Asser-Hartkamp I, zevende druk, Zwolle 1984, no. 640; Fischer, *De geschiedenis van*

- rechtstreekse en zijdelingse dwang;<sup>10</sup>
- rechtstreekse executie, middellijke executie en zijdelingse tenuitvoerlegging;<sup>11</sup>
- directe reële executie en indirecte dwangmiddelen.<sup>12</sup>

Deze veelheid van onderscheidingen is de duidelijkheid omtrent de inhoud van het begrip reële executie niet ten goede gekomen. De door iedere schrijver gemaakte onderscheiding moet goed voor ogen gehouden worden, wil men niet tot een verkeerde conclusie komen.<sup>13</sup>

de reële executie bij koop, diss. UvA, 1934, blz. 1 e.v.; Hof Amsterdam 8 december 1976, te vinden in HR 16 december 1977, NJ 1978, 561, blz. 1853 lk. M.i. is deze tweedeling onjuist en verwarringwekkend. Onjuist, omdat de veroordeling tot een dwangsom of lijfswang niet per definitie het gewenste effect (te weten de nakoming door de schuldenaar) sorteert. Verwarringwekkend omdat het vonnis bij "indirecte reële executie" slechts voor wat betreft de secundaire prestatie, de dwangsom of de lijfswang, wordt tenuitvoergelegd, terwijl het de schuldeiser juist om de nakoming (en tenuitvoerlegging van de veroordeling) van de primaire prestatie gaat en dit met reële executie wordt aangeduid.

<sup>10</sup> Asser-Hartkamp I, no. 640; Asser-Rutten I, blz. 156; Star Busmann-Rutten, no. 411 e.v. (met name no. 413);

<sup>11</sup> Coops, blz. 249; Van Rossem-Cleveringa, art. 430, aant. 5, 7 en 9; Hof 's-Gravenhage 16 mei 1980, te vinden in HR 22 mei 1981, NJ 1983, 609, blz. 1914 lk.; Beneluxgerechtshof 9 juli 1981, NJ 1982, 190.

<sup>12</sup> Hugenholtz-Heemskerk, no. 267; F.M.J. Jansen, Executie- en beslagrecht, 2e druk, Zwolle 1980, blz. 287.

<sup>13</sup> Vgl. hierover onder meer: O.K. Brahn, Zwaartepunten, van het nieuwe vermogensrecht, tweede druk, blz. 97: dit wil zeggen het executeren zodanig, dat de executant precies dat krijgt wat hem toekomt; Coops, blz. 249: de verwezenlijking van in rechterlijke beslissingen erkende aanspraken van de eiser op andere prestaties van de gedaagde dan de voldoening ener geldsom; J. Eggens, WPNR 2785: de rechtstreekse tenuitvoerlegging der verbintenissen tegen den wil van den schuldenaar; Fischer, blz. 2: dit begrip "indirecte reële executie" vat ik zeer ruim op: er vallen niet alleen onder dwangmiddelen als gijzeling (lijfswang), "inlage", inlegering van krijgsvolk, astreinte, maar ook bedreiging met vredelooslegging, met straf, met het opleggen van telkens verhoogde boeten, enz. en in verband hiermee E.M. Meijers, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, XV, blz. 113; Fockema Andreae: vorm van tenuitvoerlegging, waarbij degene die tot een prestatie verplicht is daadwerkelijk gedwongen wordt de prestatie te verrichten, zodat de rechthebbende zich niet tevreden hoeft te stellen met vervangende schadevergoeding; Hofmann-van Opstall, blz. 33: een executie ... die tot hetzelfde resultaat voert als dat waartoe de nakoming van de verbintenis door de schuldenaar zou hebben geleid; Hijma en Olthof, no. 89: de tenuitvoerlegging van een veroordelend vonnis op een wijze die aan de eiser daadwerkelijk datgene verschafft waarop hij recht heeft; Hugenholtz-Heemskerk, no. 271: een tenuitvoerlegging, die voert tot een resultaat dat geheel gelijk is aan dat waartoe vrijwillige nakoming zou hebben geleid; Nieuwenhuis, blz. 69: het zich tegen de wil van de debiteur verschaffen van een prestatie waartoe deze bij executoriale titel (meestal: grosse van een vonnis) verplicht is verklaard; Oudelaar, par. 26: ook de executie van een

### 1.2.2 Eigen opvatting

Onder reële executie zou ik willen verstaan "het verrichten van een prestatie niet zijnde het betalen van een geldsom, waardoor de schuldeiser zonder de medewerking van de schuldenaar in dezelfde positie gebracht wordt, als in het geval dat de schuldenaar vrijwillig nagekomen zou zijn". Met andere woorden: hetzelfde resultaat moet bereikt worden.<sup>14</sup>

Uit deze omschrijving blijkt dat als de schuldenaar na aanmaning of veroordeling daartoe alsnog zelf presteert, er geen sprake is van reële executie. De schuldenaar voldoet dan -vertraagd- aan zijn rechtsplicht en de prestatie wordt niet buiten hem om verkregen.

Het begrip reële executie kan eng worden opgevat en slechts inhouden dat de schuldeiser de schuldenaar, zo nodig met hulp van de politie, dwingt tot een zelf presteren, hetgeen slechts bij bepaalde verbintenissen om niet te doen en niet bij verbintenissen om te doen of om te geven mogelijk is. Zoals hierna zal blijken is in het Nederlandse recht directe dwang op de persoon van de schuldenaar niet mogelijk. Wat men het begrip ruimer op dan vallen daaronder ook de gevallen dat de schuldeiser zich buiten de schuldenaar om de prestatie verschafft, zoals in de gevallen van art. 1277 BW (de schuldeiser kan door de rechter gemachtigd worden de verbintenis zelf te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar) en art. 318 K (rechterlijke uitspraak kan akte tot levering van schip vervangen). Van dit ruimere begrip wil ik in het vervolg uitgaan. Men kan immers zonder bezwaar zeggen dat wat de schuldeiser zich verschafft de verschuldigde prestatie en niet een surrogaat is. Ik wil echter niet zo ver gaan ook het recht van retentie en de exceptio non adimpleti contractus onder dit begrip te brengen; hoewel er een gelijkenis aanwezig is, staan beide rechtsfiguren toch te ver van de reële executie af: het betreft verweermiddelen en geen middelen tot actief optreden. Zo is de exceptio non adimpleti contractus weliswaar een rechtsdwangmiddel, maar wordt dit verweer naar voren gebracht, dan verkrijgt de betrokkene nog niet waar hij recht op heeft. Hoogstens kan het verweer dienen als een aansporing van de wederpartij om alsnog te presteren. Weigert deze echter om te voldoen, dan kan de schuldeiser met dit verweer niet de voldoening bereiken. Ook het afdwingen van een veroordeling tot betaling van een geldsom<sup>15</sup>

---

vonnis houdende veroordeling tot betaling van een geldsom; P. Rodenburg, Ontruiming na een executoriala verkoop, PRG 1981, blz. 365: in het algemeen het zich verschaffen van een prestatie zonder afhankelijkheid van de medewerking van de wederpartij; Rechtsvordering boek II, titel 1, aant. 9: afdwingen van een prestatie niet zijnde het betalen van een geldsom, P.A. Stein, Compendium, blz. 251: de handeling waardoor de schuldeiser zonder de medewerking van de schuldenaar in dezelfde positie wordt gebracht als ware deze vrijwillig nagekomen, en G.J.P. de Vries, Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding, studieboek privaatrecht nr. 23, Zwolle 1984, blz. 23: die wijzen van tenuitvoerlegging waarmee de gerechtigde, i.c. de schuldeiser, zich buiten de schuldenaar om de hem toekomende prestatie kan verschaffen.

<sup>14</sup> Vgl. Oudelaar, par. 26 en Stein, Compendium, blz. 251 die de afdwinging van de betaling van een geldsom wel onder het begrip reële executie brengen.

<sup>15</sup> Zoals in hoofdstuk 7 zal blijken geldt hetzelfde voor een dergelijke

zou ik buiten het door mij te hanteren begrip "reële executie" willen houden: een dergelijke veroordeling is via beslaglegging als geregeld in boek II Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering direct afdwingbaar. In dat geval verdient de term "verhaalsexecutie" de voorkeur.<sup>16</sup> Het tot de afdwinging van andere prestaties dan de betaling van een geldsom beperkte begrip "reële executie" wil ik stellen tegenover executiemiddelen als lijfswang en dwangsom,<sup>17</sup> de indirecte executiemiddelen, die slechts een aansporing geven om na te komen. Dit betekent dat ook de actio pauliana niet wordt behandeld, aangezien deze rechtsfiguur dient ter bescherming van geldelijke verhaalsrechten van de schuldeisers.<sup>18</sup>

Door velen wordt het tegenwoordig als normaal beschouwd dat zij kunnen krijgen wat overeengekomen is. Dezen vinden het onbegrijpelijk dat als iemand zijn huis verkocht heeft, de voorlopige koopakte getekend heeft, deze verkoper naderhand alsnog kan weigeren aan de overdracht mee te werken door de notariële transportakte niet te ondertekenen, zonder dat de koper kan verkrijgen waar hij recht op heeft: de overeengekomen prestatie, het huis, maar dat hij zich tevreden moet stellen met een geldelijke vergoeding van de schade. Zij huldigen de opvatting: belofte maakt schuld. Het standpunt dat men kan krijgen wat is overeengekomen, is echter niet vanzelfsprekend: zo vond een algemene erkenning van de nakomingsactie in het Nederlandse recht door de rechter pas aan het eind van de vorige eeuw/begin deze eeuw plaats.<sup>19</sup> Voordien werd uit art. 1275 BW (verbintenis om te doen of niet te doen wordt bij verzuim omgezet in schadevergoeding) afgeleid dat nakoming in de daarbedoelde gevallen niet de bedoeling van de wetgever van 1838 zou zijn geweest. Aangezien het Burgerlijk Wetboek op dit punt niet is aangepast, is een algemene nakomingsactie (anders dan in het NBW: art. 3.11.1) niet opgenomen.<sup>20</sup>

---

verplichting indien deze op een authentieke akte berust.

<sup>16</sup> Rechtsvordering, boek II, titel 1, aant. 9: executie van een veroordeling tot betalen van een geldsom door middel van beslag en verkoop.

<sup>17</sup> Gezien het verband met de reële executie (als dit begrip ruim wordt opgevat maken beide dwangmiddelen er zelfs deel van uit) zal aan deze indirecte executiemiddelen enige aandachtbesteed worden in par. 8.8.

<sup>18</sup> Vgl. Asser-Rutten II, blz. 313: "Doch art. 1377 verschaft de schuldeiser niet een middel tot reële executie, ...".

<sup>19</sup> Vgl. HR 23 juni 1899, W 7302; HR 13 november 1914, NJ 1915, 98. Zie ook: HR 18 december 1931, NJ 1932, 769; HR 21 december 1956, NJ 1957, 126.

<sup>20</sup> Bijzondere regelingen op dit punt bestaan wel, bijv. art. 16 Een-vormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (wet van 15 december 1971, Stb. 780). inwerkingtreding 18 augustus 1972).

### 1.3. NAKOMING-REELE EXECUTIE, MOGELIJKHEID EN ONMOGELIJKHEID

De schuldeiser heeft in een aantal gevallen de bevoegdheid te bewerkstelligen dat hij de overeengekomen prestatie verkrijgt. Deze bevoegdheid wordt reele executie genoemd. De wetgever heeft tot nu toe verzuimd een algemene regel voor de reele executie tot stand te brengen en wij vinden slechts bijzondere bepalingen, her en der verspreid.<sup>21</sup> Hoewel in de regel verdedigd wordt dat het in die gevallen een buitengewone bevoegdheid betreft en dat er geen (ongeschreven) hoofdregel is die reele executie in het algemeen mogelijk acht, wil ik, zoals hieronder zal blijken, wel uitgaan van zo'n ongeschreven hoofdregel.<sup>22</sup>

Dat de vraag of reele executie mogelijk is nauw samenhangt met de vraag of nakoming mogelijk is, behoeft geen uitgebreid betoog. Zo zal bij blijvende onmogelijkheid tot nakoming (het enige bekende exemplaar van een middeleeuws boek ging in vlammen op) geen reele executie mogelijk zijn.

Reele executie en veroordeling tot nakoming moeten echter wel onderscheiden worden, want ook al zou nakoming mogelijk zijn, dit betekent -zoals hierna zal blijken- nog niet dat reele executie steeds mogelijk zal zijn.<sup>23</sup>

#### 1.3.1 Onmogelijkheid tot nakoming

Bij de onmogelijkheid tot nakoming moet onderscheiden worden naar

- a. de aard en
- b. de duur.

Ad a. Nakoming kan op verschillende gronden onmogelijk zijn.<sup>24</sup> Te onderscheiden zijn:

1. volstrekke onmogelijkheid: de nakoming is absoluut uitgesloten, bijv. de levering van de Nachtwacht in het geval deze voor de leveringsdatum door brand teniet is gegaan;
2. praktische onmogelijkheid: nakoming kan in redelijkheid niet van de schuldenaar gevergd worden, bijv. het geval dat een rijke industrieel jaarlijks een studiebeurs ter beschikking zal stellen aan een veelbelovende student en deze weldoener enkele jaren later door onvoorziene omstandigheden tot de bedelstaf gebracht wordt.
3. juridische of wettelijke onmogelijkheid. nakoming wordt door een wettelijk verbod verhinderd, bijv. een invoerverbod van Zuid-afrikaanse produkten, en
4. morele onmogelijkheid: slechts met gevaar voor leven, gezondheid, vrijheid, etc. is nakoming mogelijk. Rutten en Van Opstall<sup>25</sup> wijzen hier op de casus van HR 2 november 1917, NJ 1917, 1136: Een Duitser vordert van een in Engeland wonende Brit betaling van in Nederland

<sup>21</sup> O.a. de artt. 1117 BW, 1217 lid 3 BW, 318 lid 2 K, 757 lid 2 K, 124 Rv., 490b Rv., 14 lid 1 Invorderingswet, 28 lid 1 Auteurswet, 213 Sv., 159 F., 26 lid 2 Pachtwet, 26a Huurwet, 6 lid 2 Wet teboekgestelde luchtvaartuigen.

<sup>22</sup> Al aangenomen door Rb. Amsterdam 12 november 1917, NJ 1918, 538.

<sup>23</sup> De Vries, blz. 17.

<sup>24</sup> Vgl. De Vries, blz. 17-18.

<sup>25</sup> Asser-Rutten I, blz. 264-265 en Hofmann-van Opstall, blz. 132-133.

geleverde goederen. Volgens de regels van ons internationaal privaatrecht is hierop Nederlands recht van toepassing. In Engeland geldt de "Trading with the enemy-act", die o.a. betaling aan Duitsers strafbaar stelt. Een Engels voorschrift levert voor de Brit in Nederland geen wettelijke onmogelijkheid op, aangezien de strafbaarstelling niet op een Nederlandse wet berust. Het levert naar Nederlands recht wel morele onmogelijkheid op.

In gevallen van volstrekte en juridische onmogelijkheid wordt geen veroordeling tot nakoming uitgesproken. In de beide andere gevallen zal dit in de regel ook niet gebeuren, maar indien de schuldeiser in staat is zich het resultaat van de prestatie door middel van reële executie te verschaffen behoort m.i. wel een veroordeling tot nakoming uitgesproken te worden.<sup>26</sup> Dit betekent in het gegeven voorbeeld van de morele onmogelijkheid: na de veroordeling is beslag mogelijk, zodat de schuldeiser op dergelijke wijze de voldoening van de schuld kan verkrijgen.

Ad b. Onderscheid moet gemaakt worden tussen blijvende en tijdelijke onmogelijkheid.

Is nakoming blijvend onmogelijk (de te leveren individueel bepaalde zaak ging teniet), dan is het materiele recht op nakoming en daarmee de verbintenis tenietgegaan.<sup>27</sup>

Is nakoming tijdelijk onmogelijk (er is een invoerverbod of een vervoersverbod uitgevaardigd), dan is de werking van de verbintenis slechts geschorst.<sup>28</sup> Wordt de onmogelijkheid opgeheven dan herneemt de verbintenis haar volledige werking. De rechter zal in die gevallen een veroordeling tot nakoming uitspreken met de clause dat effectivering van de veroordeling mogelijk zal zijn vanaf het moment dat de tijdelijke onmogelijkheid opgeheven zal zijn.

### 1.3.2 De (on)mogelijkheid van reële executie

Als de verplichting tot nakoming vaststaat, komt de vraag naar de mogelijkheid van reële executie aan de orde. Als het een strict persoonlijke prestatie betreft is wel een veroordeling tot nakoming mogelijk, maar niet de reële executie ervan. Heeft een zanger zich verplicht een concert te geven dan kan alleen de zanger zelf zijn tophits ten gehore brengen, zijn fans zullen geen genoegen nemen met het optreden van een andere zanger. Dat een veroordeling tot nakoming niet de mogelijkheid tot reële executie hoeft in te houden bleek ook in het bekende arrest van de Hoge Raad van 23 juli 1899, W 7302, waar wel de mogelijkheid van een veroordeling tot nakoming van de verplichting tot levering van onroerend goed werd aanvaard, maar de reële executie van die veroordeling niet mogelijk werd geacht.

<sup>26</sup> Vgl. art. 6.1.8.4a NBW, welk artikel m.i. geldt zowel bij wel als bij niet aan de schuldenaar toe te rekenen oorzaak van verhindering om na te komen

<sup>27</sup> Asser-Rutten I, blz. 273; Hofmann-van Opstall, blz. 343; Pitlo-Bolweg, blz. 72.

<sup>28</sup> Asser-Rutten I, blz. 274; Hofmann-van Opstall, blz. 346; Pitlo-Bolweg, blz. 74. Ik laat de post-overmachttheorieën buiten beschouwing.

Naar mijn mening zal de rechter, zolang de schuldeiser in staat is de prestatie alsnog te verkrijgen en hij daar prijs opstelt (wat in de regel zal blijken uit het instellen van de vordering), een vordering tot nakoming moeten toewijzen en de schuldenaar daartoe moeten veroordelen. Het is dan aan de schuldeiser of hij -als de rechterlijke machtiging verleend is (bijv. tot ontruiming)- zich de prestatie wil (laten) verschaffen door middel van reele executie of niet. De uitspraak van de Hoge Raad van 21 mei 1976, NJ 1977, 73 inzake dubbele verhuur: veroordeling tot nakoming is niet mogelijk wanneer nakoming niet mogelijk is, zelfs wanneer de schuldenaar zich in deze positie heeft gebracht, acht ik minder juist. De rechter had de verhuurder kunnen veroordelen tot nakoming, dat wil in dit geval zeggen dat hij er alles aan moest doen opdat de eerste (in de tijd) huurder alsnog de beschikking zou krijgen over het gehuurde. De verhuurder zou de tweede (in de tijd) huurder een forse schadevergoeding kunnen bieden. Dat veroordeling tot nakoming niet mogelijk is omdat de schuldeiser zich niet door middel van reele executie het gebruik van het gehuurde zou kunnen verschaffen, lijkt me geen juiste redenering. De mogelijkheid om tot reele executie over te gaan hangt af van de mogelijkheid van nakoming, de mogelijkheid van nakoming niet van die tot reele executie.

De mogelijkheid van reele executie is nog verder ingeperkt, want niet altijd kan nog datgene verkregen worden waar de schuldeiser recht op had: vgl. de geschonden belofte om een geheim niet te verraden of om niet 's nachts trompet te spelen.

#### 1.3.2.1 Bevoegdheid tot reele executie op basis van de wet

De bevoegdheid tot reele executie is op basis van de wet mogelijk in de volgende gevallen <sup>29</sup>

- a. wanneer de wet zelf de bevoegdheid geeft (vgl. art. 714 lid 3 BW);
  - b. wanneer het gaat om de grosse van een rechterlijke uitspraak in Nederland gewezen (art. 430 lid 1 Rv.);
  - c. bij grossen van authentieke akten, binnen het Koninkrijk verleden, en aan het hoofd voerende de woorden "In naam der Koningin" (art. 436 Rv.);
  - d. bij uitspraken gegeven door een rechter in het buitenland of bij akten in het buitenland verleden, nadat (de president van) de rechtbank het exequatur verleend heeft (artt. 431 jo 985 Rv. en 1218 BW);
  - e. bij arbitrale uitspraken mits voorzien van het exequatur van de president van de rechtbank (artt. 1062 Rv. en 642 Rv. oud).
- In de gevallen b tot en met e is derhalve een executoriale titel vereist.

#### 1.3.2.2 Een ongeschreven hoofdregel

In de wet vinden wij over vele artikelen verspreid een groot aantal gevallen van reele executie geregeld.<sup>30</sup> Hoewel een algemene regeling ontbreekt, meen ik -in tegenstelling tot vele anderen- dat deze ver-

<sup>29</sup> Vgl. Hugenholtz-Heemskerk, no. 269; Oudelaar, par. 9 e.v.; Stein, Compendium, blz. 261 e.v.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld de artikelen genoemd in noot 21.



spreid in de wet geregelde gevallen uitvoeisel zijn van de ongeschreven hoofdregel dat de schuldeiser zich zonder de medewerking van de schuldenaar datgene kan verschaffen wat hem op grond van de gesloten verbintenis toekomt. De artt. 2159, 2160, 3181 en 3450 van het Ontwerp BW 1820<sup>31</sup> werden als te leerstellig niet in het Burgerlijk Wetboek van 1838 overgenomen. De inhoud van deze bepalingen werd echter niet als strijdig met de geldende rechtsovertuiging aanmerkt.<sup>32</sup> Hieruit blijkt m.i. dat ook de ontwerpers van ons BW van een ruimer toepassingsgebied van de reele executie uitgingen dan art. 1275 BW ons wil doen geloven. De door Nicolai t.a.v. art. 1275 BW gedane uittalingen bij de behandeling in de Tweede Kamer acht ik hier niet mee in tegenspraak.<sup>33</sup> Ging men er vroeger vanuit dat alle recht in de wet te vinden zou zijn, tegenwoordig wordt daar anders over gedacht en is dat legistische standpunt verlaten.

In de Memorie van Toelichting op wetsontwerp 338<sup>34</sup> wordt op blz. 2 opgemerkt "reële executie kent ons recht in het algemeen niet". Dit lijkt me minder juist, zowel voor het in 1932 geldende als voor het huidige recht. In het bovenstaande is dit al naar voren gekomen, in het onderstaande zal ik dit uitgebreider aantonen. Overigens zullen problemen rijzen wanneer het gaat om een verbintenis om te doen waarbij de schuldenaar niet door een derde vervangen kan worden, waarbij het speciaal om deze schuldenaar gaat. Reële executie is niet mogelijk, want er mag geen dwang op de persoon uitgeoefend worden.

De mogelijkheid om via indirecte executiemiddelen als lijfswang en dwangsom datgene te verkrijgen wat de schuldeiser wenst, en de moeilijkheden hierboven genoemd, doen er niets aan af dat naar mijn mening een hoofdregel geldt dat de schuldeiser (zo nodig na rechterlijke machtiging) recht heeft op de overeengekomen prestatie, eventueel zonder medewerking van de schuldenaar, waarbij op die regel enige uitzonderingen bestaan. Ik stel mij voor de hoofdregel op het standpunt dat wanneer de wetgever een (materieel) recht verleent, hij

<sup>31</sup> Art. 2159: Deze verplichting om te doen, brengt altijd eene ondergeschikte verplichting van vergoeding van schade en interessen met zich ... . Art. 2160: De bepaling in het vorige artikel belet echter geenszins, zoo lang de verschuldigde prestatie niet volkomen onmogelijk is geworden, dat de schuldenaar ook tot voldoening van die prestatie worde aangesproken, ... . Art. 3181: Alle regt, hetwelk den een tegen den ander toekomt, brengt de bevoegdheid mede om hetzelfde te handhaven, en zich het genot daarvan te verzekeren. Art. 3450: Uit alle vonnissen, wanneer dezelve kracht van gewijsde zaak bekomen hebben, wordt geboren een regt, om dezelve ter executie te leggen, op de wijze en overeenkomstig de vormen daaromtrent bij de wet op de manier van procederen in civiele zaken voorgeschreven.

<sup>32</sup> J.P. Moltzer, De overeenkomst ten behoeve van derden, Amsterdam 1876, blz. 299. Zie ook W. Hugenholtz, WPNR 3503-3505 (1937).

<sup>33</sup> Asser-Scholten, blz. 177 vermeldt (in verband met het BW 1838) dat de denkbeelden die de Nederlandse wetgever wilde neerleggen in de wet hem niet zo duidelijk voor ogen stonden als aan de Franse wetgever van de Code Civil. Als dit in 1838 al niet zo was, dan zeker niet tien jaar eerder.

<sup>34</sup> Wetsontwerp 338, zitting 1931-1932, beslag op roerende goederen in door derden in gebruik gegeven ruimten, lijfswang en dwangsom, resulterend in de wet van 29 december 1932, Stb. 676.

tevens de bedoeling gehad zal hebben dat de gerechtigde dit recht kan handhaven en aldus kan verkrijgen waar hij recht op heeft. Ik kan me niet indenken dat de wetgever bewust een (materieel)recht toekent wetende dat handhaving onmogelijk is. Dat dit vroeger wellicht anders geweest is, kan daar niets aan afdoen.

### 1.3.2.3 Nadere verdeling verbintenissen

Bij verbintenissen om te doen of niet te doen biedt de wet de schuldeiser mogelijkheden via de artt. 1276 en 1277 BW. Het eerstgenoemde artikel geeft de schuldeiser de bevoegdheid vernietiging te vorderen van al hetgeen in strijd met de verbintenis is gedaan. Daartoe kan de rechter machtigen het gedane te niet te doen op kosten van de schuldenaar. Laatstgenoemd artikel geeft aan dat, wanneer de schuldenaar een niet aan de persoon gebonden verbintenis niet nakomt, de schuldeiser aan de rechter machtiging kan vragen zelf de verbintenis uit te voeren of een ander haar te laten uitvoeren op kosten van de schuldenaar. In beide gevallen is reële executie mogelijk. Daarnaast blijft de schuldeiser recht op schadevergoeding behouden. In hoeverre het adagium "nemo praecise ad factum cogi potest" (niemand kan rechtstreeks gedwongen worden om iets te doen) in ons recht van kracht is, zal in het hiernavolgende blijken.

Werd voor de verbintenissen om te doen of om niet te doen de reikwijdte van art. 1275 BW ingeperkt door de daarop volgende artt. 1276 en 1277, bij de verbintenis om te geven treffen we alleen de regel van art. 1272 BW aan: de verbintenis wordt bij verzuim omgezet in schadevergoeding, terwijl de wet geen uitzonderingen bevat die op die bepaling volgen.

Vroeger is de mogelijkheid van reële executie bij verbintenissen om te geven ontkend. Die opvatting werd gebaseerd op art. 1272 BW, op het feit dat de wet niet aangeeft hoe de schuldeiser een veroordeling van de schuldenaar tot afgifte van een bepaalde zaak of van een hoeveelheid vervangbare zaken tenuitvoer kan leggen en op een uitspraak van de Hoge Raad (23 juli 1899, W 7302) waarin de reële executie van de verplichting tot levering van onroerend goed werd afgewezen. Tegenwoordig wordt hier anders over gedacht, vooral ook omdat het legistische standpunt dat alle recht in de wet te vinden zou zijn, verlaten is.<sup>35</sup> Weliswaar ontbreken de bepalingen, die de reikwijdte van de door art. 1272 BW geformuleerde hoofdregel beperken, maar hetzelfde geldt voor revindicatie en andere zakelijke vorderingen, en algemeen wordt aangenomen dat dergelijke veroordelingen wel tenuitvoergelegd kunnen worden. Daarnaast vermeldt de wet in bijv. de artt. 122 e.v. en 490a e.v. Rv. en 1576w BW dat op grond van een persoonlijk recht een veroordeling tot afgifte verkregen kan worden. Verder ontbreekt in de wet een algemene bepaling als art. 1275 BW (Alle verbintenissen om iets te doen, of om niet te doen, ...) en houdt art. 1272 BW alleen schadevergoeding in voor het geval de levering onmogelijk

<sup>35</sup> Asser-Ruttten I zegt op blz. 158 dan ook: "... blijkt nergens uit, dat de wet deze natuurlijke wijze van tenuitvoerlegging niet zou hebben gewild. Eerder wijst de redactie van sommige artikelen op het tegendeel; ..." Vervolgens wordt gewezen op de artt. 1302 en 1342 BW.

geworden is. Tot slot wijst ook de strekking van de artt. 1302 en 1342 BW op de mogelijkheid van reële executie.

Dat nu positiever gedacht wordt over de mogelijkheid van reële executie bij verbintenissen om te geven, betekent echter niet dat die mogelijkheid in alle gevallen bestaat.

Moet afgegeven worden door de schuldenaar, omdat de wederpartij al eigenaar is, dan is reële executie mogelijk doordat de eigenaar een vordering tot revindicatie instelt en/of revindicatoir beslag legt.

Betreft het verbintenissen die tot eigendomsoverdracht verplichten dan bestaat de mogelijkheid tot reële executie bij roerende zaken: de eigendom gaat over door de bezitsoverdracht en de schuldenaar die zich het bezit verschaft doordat de deurwaarder de zaak weg neemt, verkrijgt met het bezit van de zaak de eigendom van de zaak. Bij zaken, die niet zonder de overschrijving van de akte van eigendomsoverdracht in de openbare registers overgedragen kunnen worden, moet onderscheiden worden. Voor schepen bepalen de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K dat een rechterlijke uitspraak in de plaats van de akte kan worden overgeschreven. Voor onroerende goederen ontbreekt zo'n wettelijke regeling en, hoewel de literatuur deze opvatting verworpen heeft, bestaat volgens de Hoge Raad (23 juli 1899, W 7302) en het merendeel van de lagere rechtspraak niet de mogelijkheid van reële executie, aangezien het begrip "akte" in art. 671 BW niet een rechterlijke uitspraak zou insluiten. De laatste jaren echter wordt de verplichting tot levering van een huis in een aantal lagere uitspraken wel reël executabel geacht.<sup>36</sup> Deze kentering in de jurisprudentie hangt samen met de omstandigheid dat art. 3.11.4 NBW reële executie van de verplichting tot het verrichten van een rechtshandeling, en daarmee van de verplichting tot levering van onroerend goed, mogelijk maakt.

Als de verbintenis om te geven slechts een "feitelijke" levering inhoudt is reële executie niet steeds mogelijk. Is een roerende zaak verhuurd, maar weigert de verhuurder de zaak ter beschikking te stellen, dan kan de huurder een vordering tot afgifte instellen. Wijst de rechter de vordering toe, dan is reële executie mogelijk doordat de deurwaarder de zaak wegneemt en ter beschikking van de huurder stelt. Daarmee verkrijgt de huurder waar hij recht op heeft: het genot van het gehuurde. Betreft het de afgifte van het gehuurde dat zich in een (pak)huis, kist of kast bevindt, dan zal de rechter een machtiging moeten verlenen op grond van de artt. 444 e.v. Rv. tot opening van de deuren van het huis, etc. De gerechtigde zelf mag het slot niet zonder meer verbreken. Verder hoeven we slechts te denken aan de levering van zaken die de schuldenaar niet (meer) bezit en die ook niet op andere wijze verkregen kunnen worden. Bezit de schuldenaar de zaak echter wel dan kan -met behulp van de deurwaarder- de zaak verkregen worden door deze bij de schuldenaar (of degene bij wie de zaak verborgen is) weg te halen. Door het weghalen is nagekomen. Voor met name vervangbare zaken werd hier vroeger aan getwijfeld. Het NBW maakt in art. 3.11.2 en in de uitwerkingen van deze bepaling in NRV., de artt. 491-500, 555-557 en 730-737, de reële executie mogelijk van de verplichting tot het feitelijk geven van zowel individuele als naar de soort bepaalde zaken. Uiteraard ook dan weer onder de zo

<sup>36</sup> Vgl. Rb. 's-Gravenhage 30 november 1976, NJ 1978, 13; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 1981, NJ 1981, 523; Hof Leeuwarden 3 maart 1982, WPNR 5616 (1982); Pres. rb. 's-Gravenhage 17 juni 1983, KG 1983, 222, Rb. Haarlem 19 februari 1985, NJ 1987, 51 en Pres. rb. Arnhem 21 augustus 1986, KG 1986, 419.

juist genoemde restricties. De vraag of reële executie van de verplichting tot levering van een auto mogelijk is, zal naar wordend recht eenstemmig bevestigend beantwoord worden. Voor het geldend recht werd dit door oudere schrijvers niet mogelijk geacht, nu wordt die mogelijkheid veelal wel geaccepteerd.

Kenmerk van de reële executie van een verplichting om te geven is dat de schuldeiser zich de prestatie buiten de schuldenaar om verschafft, bijv. door inschrijving in de openbare registers van een rechterlijke uitspraak die hem tot eigenaar van het verkochte huis bestempelt. De schuldeiser zal de veroordeelde schuldenaar echter niet kunnen dwingen tot zelf-presteren. Niet alleen zou een dergelijke dwang in strijd zijn met de menselijke waardigheid (vgl. het adagium *nemo praecise ad factum cogi potest*), deze rechtstreekse dwang op de schuldenaar is veelal niet mogelijk omdat de schuldeiser wel recht op afgifte heeft, maar niet op persoonlijke afgifte door de schuldenaar.

Uit het bovenstaande mag geconcludeerd worden dat reële executie bij de verplichting tot geven mogelijk is als de prestatie bereikbaar is zonder dat de schuldenaar zelf hoeft op te treden, bijv. omdat de rechterlijke uitspraak zijn wilsverklaring vervangt of omdat de deurwaarder de zaak aan de gerechtigde ter hand stelt.

#### 1.3.2.4 Moet de rechter reële executie bevelen?

De vraag of de rechter bij het opleggen van een bevel (of zonodig een verbod) tot nakoming een discretionaire bevoegdheid toekomt, in die zin dat hij de eis kan ontzeggen ook als aan alle gestelde eisen is voldaan, speelt met name bij verbintenissen om te doen en om niet te doen. Voor de verbintenissen om te geven drukken de artt. 1271 en 1272 BW een leveringsplicht en de verplichting tot betaling van schadevergoeding uit. Niets in deze bepalingen wijst op een keuze mogelijkheid voor de rechter. Dat deze vraag vrijwel eenstemmig ontkennend beantwoord wordt,<sup>37</sup> is niet verwonderlijk. In zijn uitspraak van 21 december 1956, NJ 1957, 126 casseerde de Hoge Raad de uitspraak van het Hof, omdat het Hof in wezen aan de schuldenaar "de vrijheid heeft gegeven om tot zijn voorgenomen overtreding der door hem aanvaarde verplichting tegen betaling der daarop gestelde boete over te gaan en het Hof zodoende -in strijd met art. 1342 BW- de in de wet geregelde rangorde der verplichtingen van den schuldenaar, nu van het bestaan van wettelijke beletselen tegen een toewijzing van het verbod van inbreuk niet is gebleken, heeft miskend". Recent wees HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 een discretionaire bevoegdheid (in ieder geval als het een bodemprocedure betreft) duidelijk af voor de verbintenis om niet te doen door te overwegen: "Als eenmaal de onrechtmatigheid van de gedragingen ter zake waarvan een verbod wordt gevraagd, vaststaat, is dit verbod in beginsel zonder meer toewijsbaar en is deze toewijzing, behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen, niet afhankelijk van een nadere belangenafweging, waarbij aantekening verdient dat het hier niet om een kort geding gaat". Ook art. 3.11.1 NBW (vordering tot nakoming) gaat hiervan uit, want het eerste lid zegt: "Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt (en niet: kan worden, AWJ) hij die jegens

<sup>37</sup> Vgl. de literatuur genoemd door Onrechtmatige Daad no. II-217, speciaal Van Nispen, no. 173 e.v.

een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld". Kortom in beginsel (tenzij uit de wet, etc. anders volgt) moet de rechter deze vorderingen toewijzen, anders zou de schuldenaar met schadevergoeding in geld worden afgescheept en niet de oorspronkelijke prestatie waartoe de rechtsnorm verplicht verkrijgen, terwijl dat eerste geen gelijkwaardige vervanging vormt van het laatste. Bovendien zou de schuldenaar dan door geld te betalen kunnen afzien van het zich houden aan zijn verplichtingen; met geld hoort niet alles te koop te zijn.

Overigens moet bedacht worden dat de rechter wel een discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van de omvang van het verbod of bevel.<sup>38</sup> Die omvang hangt af van de omstandigheden van het geval en de betrokken belangen van partijen.

Een ander antwoord wordt echter gegeven op de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid bezit wat betreft het verlenen van de machtiging tot reële executie. Deze vraag wordt tegenwoordig bevestigend,<sup>39</sup> vroeger echter ontkennend beantwoord.<sup>40</sup> Overigens speelt de rechterlijke machtiging bij verbintenissen om te doen of om niet te doen (artt. 1276 en 1277 BW, 3.11.3 NBW) en bij verbintenissen om te geven voorzover het niet roerende lichamelijke zaken betreft (dan geldt art. 3.11.2 NBW), maar als het vorderingen en registergoederen (art. 3.11.4 NBW) betreft. Ook ik ga uit van een discretionaire bevoegdheid.<sup>41</sup> Hoewel op een aantal plaatsen nog nader ingegaan zal worden op de discretionaire bevoegdheid van de rechter, wil ik reeds hier in het algemeen enige opmerkingen aangaande die bevoegdheid maken. Aangezien geldend en wordend recht dezelfde inhoud hebben, hoeft geen onderscheid in die zin gemaakt te worden.

Zoals hierboven vermeld zegt art. 3.11.1 NBW: "(...) wordt (...) veroordeeld" en niet: "(...) kan worden (...) veroordeeld", zodat er sprake is van een verplichting. Andere artikelen, bijv. de artt. 1276, 1277, 1639t en 1788 BW, 26 Pw en 3.11.3 en 3.11.4 NBW, houden echter geen verplichting in, omdat daarin het woordje "kan" voorkomt. Het gebruik van dat woordje hoeft echter niet te betekenen dat er sprake is van een discretionaire bevoegdheid voor de rechter. In de artt. 1276 en 1277 BW heeft "kan" betrekking op de schuldeiser, niet op de rechter. In de overige artikelen is wel op de rechter (in art. 26 lid 2 Pw: de pachtkamer) gedoeld. Dat er sprake is van een discretionaire bevoegdheid van de rechter om een machtiging tot reële executie al dan niet te verlenen, blijkt uit het volgende.

<sup>38</sup> Vgl. HR 4 maart 1938, NJ 1939, 948; HR 22 maart 1957, NJ 1958, 478; HR 22 januari 1982, NJ 1982, 489 en HR 24 mei 1985, NJ 1987, 1.

<sup>39</sup> Asser-Rutten I, blz. 161 en 163; Asser-Hartkamp I, no. 644 en 646; Hofmann-van Opstall, blz. 168, Pitlo-Bolweg, blz. 45 en PG boek 3, blz. 898. Hof 's-Hertogenbosch 25 april 1905, W 8237; Rb. 's-Gravenhage 27 mei 1920, NJ 1920, 920; Rb. 's-Gravenhage 24 mei 1927, NJ 1928, 990; HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559; Pres. rb. Roermond 14 maart 1985, KG 1985, 100.

<sup>40</sup> Zie de bij Asser-Rutten I op blz. 160-161 genoemden.

<sup>41</sup> Zie de par. 3.3.3; 3.5.2; 3.5.3.1; 3.5.4.2; 3.5.5; 10.3.5 en 10.3.6.

Zou de rechter niet de mogelijkheid hebben de gevraagde machtiging te weigeren, zou er sprake zijn van een verplichting, dan rijst de vraag waarom de rechter in de procedure ingeschakeld moet worden. Het zou dan (proces-)economischer zijn de rechter niet in de procedure te betrekken: de rechter zou slechts kunnen instemmen met hetgeen eiser hem voorhoudt en een stempel of handtekening plaatsen, maar deze gang naar de rechter zal wel geld en tijd kosten. De bepalingen zouden in dergelijke gevallen weinig zinvol zijn en slechts inhouden dat een executoriale titel (als de overeenkomst deze niet zelf schept door dat zij bijvoorbeeld notarieel is vastgelegd) veelal niet dan na rechterlijke tussenkomst ontstaat. Door uit te gaan van een discretionaire bevoegdheid krijgen de bepalingen meer inhoud: de rechter heeft tot taak gekregen de feiten en omstandigheden te waarderen en om na afweging van die feiten en omstandigheden de gevraagde machtiging al dan niet te verlenen. De rechter zal, na geconstateerd te hebben dat nagekomen moet worden en na afweging van de diverse belangen, de machtiging kunnen weigeren omdat het belang bij de machtiging te gering is.<sup>42</sup> Aan de rechter is in deze gedachtengang (afgezien van het scheppen van een executoriale titel) een taak toegekend, omdat de wetgever de schuldeiser niet heeft willen laten beslissen of de verbintenis ten koste van de schuldenaar uitgevoerd moet worden.<sup>43</sup> Blijkens art. 3.11.4 NBW moet de rechter bij de vordering tot levering van registergoederen op vordering van de gerechtigde uitdrukkelijk bepalen dat zijn uitspraak de wilsverklaring of de akte vervangt of dat een dwangverteenwoordiger bevoegd zal zijn op te treden; de enkele veroordeling is niet voldoende.<sup>44</sup> Hetzelfde zal moeten worden aangenomen voor andere goederen en voor het huidige recht. Zou de gerechtigde zonder meer bevoegd zijn tot handelen, dan zou dit tot ongewenste gevolgen kunnen leiden.<sup>45</sup> Beter is het dat de rechter in ieder concreet geval de consequenties overziet die kunnen voortvloeien uit het verlenen van de machtiging. Betreft het echter verbintenissen die tot eigendomsoverdracht verplichten dan bestaat de mogelijkheid tot

<sup>42</sup> Vgl. verzoek van de huurder tot machtiging tot eigenmachtig herstel van lekkend dak als de huurovereenkomst nog slechts één zomerse week zal voortduren.

<sup>43</sup> In par. 8.8.4 zal ik aantonen dat dwangsom, lijfswang en reele executie, wat dit aspect betreft, in principe op een lijn staan. In de par. 8.8.2 en 8.8.3 blijkt dat het een discretionaire bevoegdheid van de rechter is de lijfswang resp. de dwangsom al dan niet op te leggen. Dat hetzelfde geldt voor de reele executie onderstreept deze gelijkstelling. Zie ook Onrechtmatige Daad, no. II-217.

<sup>44</sup> Vgl. Rb. 's-Gravenhage 30 november 1976, NJ 1978, 13; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 1981, NJ 1981, 523; Hof Leeuwarden 3 maart 1982, WPNR 5616; Pres. rb. 's-Gravenhage 17 juni 1983, KG 1983, 222, Rb. Haarlem 19 februari 1985, NJ 1987, 51 en Pres. rb. Arnhem 21 augustus 1986, KG 1986, 419.

<sup>45</sup> Vgl. Rb. Breda 10 juni 1913, NJ 1913, 1074 (machtiging om de rioslen af te sluiten op kosten van gedaagde en zonodig met behulp van de sterke arm, indien de gedaagde gemeente niet binnen een maand de vervuiling van de Voorste Stroom doet ophouden) vernietigd door Hof 's-Hertogenbosch 7 april 1914, NJ 1914, 461 (het is niet wenselijk de levensbelangen van een grote en volkrijke stad aan iemands willekeur over te leveren; beter schadevergoeding voor iedere dag dat de onrechtmatige toestand blijft bestaan toe te kennen).

reële executie bij roerende zaken: de eigendom gaat over door de bezitsoverdracht en de schuldenaar die zich het bezit verschafft doordat de deurwaarder de zaak weg neemt, verkrijgt met het bezit van de zaak de eigendom van de zaak. In die gevallen is geen uitdrukkelijke rechterlijke machtiging vereist.

#### 1.4 ONDERSCHIEDING VAN ANDERE RECHTSBEGRIPPEN

Hierboven is het begrip reële executie al onderscheiden van andere rechtsbegrippen. Nog andere begrippen moeten van reële executie onderscheiden worden.<sup>46</sup>

Het eerste begrip dat van reële executie onderscheiden moet worden is parate executie. Fockema Andreae definieert dit begrip als volgt: "dadelijke uitwinning, dadelijke uitvoerbaarheid; het recht om de goederen van de schuldenaar zonder voorafgaand rechterlijk vonnis aan te tasten ter executie (bijv. door de pandhouder ex art. 1201 BW, artt. 3.9.2.9 e.v. NBW); ..."

M.i. kan er niet tegelijkertijd sprake zijn van reële executie en parate executie. Zou voor reële executie vastgehouden worden aan de eis van een voorafgaande rechterlijke uitspraak, dan kunnen beide begrippen uiteraard niet samenvallen. In dat geval zou de bevoegdheid die art. 714 lid 3 BW (doorschietende wortels afsteken en overhangende takken afsnijden) verleent ook niet als reële executie te beschouwen zijn. Daarnaast is de parate executie gericht op het verhaal voor een geldvordering, terwijl in de hierboven gegeven omschrijving van het begrip reële executie de afdwinging van de betaling van dat soort vorderingen juist is uitgesloten.

Nauw verwant aan reële executie is bestuursdwang of politiedwang: het op kosten van de overtreder of nalatige teniet doen van wat in strijd met enig wettelijk voorschrift wordt of is verricht of wordt nagelaten, zonder dat rechterlijk verlof nodig is, tenzij de wet dit uitdrukkelijk bepaalt.<sup>47</sup> Uit de omschrijving gegeven door Van Wijk-Konijnenbelt,<sup>48</sup> blz.284, van de bestuursdwangbevoegdheid als "de bevoegdheid van een bestuursorgaan om een situatie die in strijd is met een administratief rechtelijke norm doordat een uit die norm voortvloeiende verplichting niet is nagekomen, feitelijk in overeenstemming met die norm te brengen", blijkt waarom deze rechtsfiguur verder buiten beschouwing zal blijven: bestuursdwang behoort tot het bestuursrecht en niet tot het burgerlijk recht.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Vgl. mijn Aan reële executie verwante rechtsfiguren, in het bijzonder de eigenrichting, *De Rechtsstrijd* 1985, blz. 79-89, 101-106, 126-129, 148-151 en 177-180.

<sup>47</sup> Vgl. HR 4 april 1986, NJ 1986, 569: ontruiming en afbraak ter handhaving van bestemmingsplan.

<sup>48</sup> H.D. van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, vijfde druk bewerkt door W. Konijnenbelt, 's-Gravenhage 1984.

<sup>49</sup> Bestuursdwang blijkt uit o.a. de artt. 152 en 210 Gemeentewet en 116 e.v. Provinciewet en de door wetsontwerp 19.403 (nieuwe Gemeentewet) voorgestelde artt. 127 e.v. Zie over bestuursdwang: E. Bosma, Het rechterlijk bevel als vorm van politiedwang, *NJB* 1972, blz. 1177-1182; H.Ph.J.A.M. Hennekens, De handhaving van de openbare orde in de gemeente, en J.J.H.Suyver, Naar een codificatie van ordebevoegdheden, *preadviezen NJV* 1985, resp. passim

Eigenrichting, het vervolgens te behandelen begrip, wordt verschillend omschreven.<sup>50</sup> F. van Leer, *Het verbod van eigenrichting*, diss. UvA 1909, blz. 63. e.v., speciaal blz. 69 en 80, verstaat hieronder een handeling waardoor de dader dezelfde gevolgen in het leven roept die hij langs processuele weg had kunnen bereiken, zonder evenwel van de daartoe aangewezen processuele middelen gebruik te maken. In 1953 heeft R.P. Cleveringa<sup>51</sup> het in WPNR 4290 op blz. 170 ik over de private tegenstelling tot de rechtsverwezenlijking door overheidshulp naar stellig recht en L.E.H. Rutten, *Eigenrichting*, rede KU Nijmegen 1961, blz. 8, zegt kort dat eigenrichting private executie is, waarna hij dit nader uitwerkt.<sup>52</sup>

Privaatrechtelijk gezien is eigenrichting<sup>53</sup> het meest verwant aan reele executie. Op het eerste gezicht lijkt dit vreemd te zijn, omdat veelal wordt aangenomen dat eigenrichting in strijd is met het wezen en doel van de rechtsstaat en slechts past in een primitieve samenleving waar niet de overheid als handhaver van het recht, maar waar het recht van de sterkste geldt.<sup>54</sup>

---

en blz. 158 e.v.; *Onrechtmatige Daad*, losbladige Kluwer-uitgave, VII-255 e.v.; H.A.W. Snijders, *Gemeenten en bestuursdwang*, diss. KU Nijmegen 1982 en Van Wijk-Konijnenbelt, blz. 284-292. G.M. de Schipper, *TvO* 1976, blz. 161 (zie ook blz. 117 en 162) noemt politiedwang de daadwerkelijke toepassing van reele executie.

<sup>50</sup> Een algemeen eigenrichtingsartikel zoals in de Bondsrepubliek (par. 229 en 230 BGB) kent ons recht niet.

<sup>51</sup> *Eigenrichting*, WPNR 4290-4291 (1953).

<sup>52</sup> Fockema Andreae: het zich recht verschaffen zonder rechtsgang, zonder voorkennis van de overheid en zonder gebruik van haar machtsmiddelen. Eigenrichting wordt ook gebruikt in de betekenis van dwanguitoefening ter wijziging van de wet: de handelende heeft geen recht, maar vindt de wet die dit hem onthoudt onjuist. Nog anders en in een geheel andere betekenis dan de aangehaalde schrijvers (die redelijk eenstemmig zijn) de term gebruiken, wordt dit gedaan door L.S.C. Heyning-Plate in haar proefschrift *Eigenrichting tot zekerheid, de exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht*, Rotterdam 1969. Deze opvatting acht ik minder juist, omdat m.i. er geen sprake kan zijn van eigenrichting als men van een recht het normale en onbelemmerde gebruik heeft. Vgl. Cleveringa, WPNR 4290, blz. 170 rk. en Van Leer, blz. 77-78.

<sup>53</sup> Daarbij zal ik, aangezien dit een privaatrechtelijk proefschrift is, slechts aandacht besteden aan de eigenrichting zoals die voorkomt in het privaatrecht en de eigenrichting in andere rechtsgebieden als het strafrecht, het staatsrecht en het volkenrecht niet in mijn beschouwingen betrekken.

<sup>54</sup> Zie hierover: L.J. van Apeldoorn, *Vredeban en rechtsweer*, RM 1923, blz. 349-380 en 557-578; Cleveringa, WPNR 4290-4291 (1953), dez., *Een eigenrichtingstoetje*, in: *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuisbundel), Zwolle 1969, blz. 85-89, M.A.G. Harthoorn, *Het recht en zijn handhaving*, RM 1929, supplement blz. 3 e.v.; Van Leer, *passim*; Meijers, *Algemene begrippen*, blz. 39; *Onrechtmatige Daad*, no. 1-159 e.v.; M.S. van Oosten, *Vredeban en bezitsbescherming*, in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, blz. 387-401; R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, diss. UvA 1949, blz. 122-124; Van Rossem-Cleveringa, art 430 aant. 1; Rutten, *passim*; G.H.A. Schut, *Eigenrichting in de rechtsstaat*, RM Themis 1983, blz. 525-527, Star Busmann-Rutten, no. 8; Stein,



Ziet men reële executie als het afdwingen van de prestatie waartoe de gedaagde bij rechterlijk vonnis is veroordeeld<sup>55</sup> met de daartoe geëigende overheids hulp, dan zal duidelijk zijn dat eigenrichting eindigt waar reële executie begint. Gaat men echter uit van een ruimere opvatting en noemt men reële executie de handeling waardoor de schuldeiser zonder de medewerking van de schuldenaar in dezelfde positie wordt gebracht als zou deze vrijwillig nagekomen zijn, dan overlappen beide begrippen elkaar voor een deel. Bijvoorbeeld in het geval dat de huiseigenaar aanplakbiljetten die tegen zijn verbod in op de muur geplakt zijn, afscheurt.<sup>56</sup>

Onderscheiden moet worden tussen vorderingen tot betaling van een geldsom, welke vorderingen steeds direct afdwingbaar zijn door middel van beslaglegging en verkoop, zoals geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en andere vorderingen. Hiervoor hebben we afdwinging van veroordelingen tot betaling van een geldsom buiten het begrip reële executie gehouden; in die gevallen is het beter te spreken over "verhaalexecutie". Met de andere vorderingen, voortvloeiende uit verbintenissen tot een geven, een doen of een niet doen, zullen we ons bezig houden. Deze vorderingen lossen op grond van de artt. 1272 en 1275 BW op in een verbintenis tot vergoeding van kosten, schade en interessen wanneer de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen voldoet. Dat dit onbevredigend is, indien de overeengekomen prestatie nog mogelijk is, zal duidelijk zijn. De schuldenaar zou tegen betaling van een zekere prijs wanprestatie kunnen plegen. Ook bestaat strijd met art. 1303 BW waar de schuldeiser uit een wederkerige overeenkomst, "indien zulks mogelijk is", de mogelijkheid geboden wordt of nakoming van de overeenkomst door de schuldenaar te eisen, of ontbinding van de overeenkomst met vergoeding van kosten, schade en interessen te vorderen, en art. 1342 BW (de schuldeiser kan nakoming in plaats van boete vorderen). De vordering tot nakoming is, zoals hierboven bleek, de eerste stap naar reële executie.

## 1.5 OVERZICHT VAN DE HIERNAVOLGENDE HOOFDSTUKKEN

Na een historische schets, het huidige recht vindt zijn wortels in het verleden, zal de reële executie in het huidige Nederlandse recht behandeld worden.

Bewust begin ik met het materiele recht. Wordt gesproken van reële executie dan wordt deze term vaak geassocieerd met de artt. 1276 en 1277 BW en met de vraag in hoeverre de levering van (on)roerend goed reëel executabel is. Daarom begin ik met de hoofdstukken Verbintenissenrecht en Zakenrecht. Hierna worden de beschouwingen omtrent de materieelrechtelijke aspecten in de hoofdstukken Erfrecht en Personen- en familierecht afgerond. Vervolgens wordt ingegaan op de formeelrechtelijke aspecten van de reële executie. Eerst wordt aangetoond dat ook de notariële akte een basis kan vormen voor reële exe-

---

Compendium, blz. 20-21 en R. de Waard, Actuele aspecten van eigenrichting, in de Dukbundel Recht op scherp, Zwolle 1984, blz. 185-198.

<sup>55</sup> Dan wel op basis van een authentieke akte of op grond van een andere in paragraaf 1.3.2.1 genoemde wettelijke mogelijkheid

<sup>56</sup> Vgl. Van Leer, blz. 70.

cutie, daarna volgt als afronding van het huidig recht het hoofdstuk Reele executie in het procesrecht.

Voordat het wordend recht behandeld wordt, wordt eerst een blik over de grenzen geworpen.

Uitgangspunt bij de rechtsvergelijking is voor mij geweest na te gaan of en zo ja, in welke vorm in de ons omringende landen de reele executie voorkomt. Ik beperk me tot de Bondsrepubliek Duitsland, Engeland en België en laat Frankrijk buiten beschouwing. In par.9.4 zal blijken dat het recht in de beide laatstgenoemde landen van origine vrijwel identiek is, terwijl de verschillen wat de reele executie betreft op dit moment niet al te groot zijn. Zowel de rechtspraak als de doctrine verwijzen naar de jurisprudentie en de geschriften in het andere land, hetgeen niet verwonderlijk is aangezien de in opdracht van Napoleon ontworpen Code Civil zowel in België als in Frankrijk de materieelrechtelijke basis vormt voor de "rechtstreekse uitvoering". Daarnaast is in België pas in 1976 de uit 1806 daterende Code de Procedure Civile vervangen door een eigen Gerechtelijk Wetboek, welk wetboek wat de reele executie betreft geen ingrijpende wijzigingen inhoudt.

Voor het wordend recht ben ik uitgegaan van de artt. 3.11.1-3.11.4a NBW, welke bepalingen de kern vormen van de reele executie naar wordend recht. Daarna besteed ik aandacht aan de uitwerking van deze artikelen in NRv. (het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat zal luiden nadat de wet van 7 mei 1986, Stb. 295 ingevoerd zal zijn),<sup>57</sup> waarna besloten wordt met de behandeling van de overige bepalingen die betrekking hebben op reele executie uit NBW, NRv. en Kadasterwet.

Uiteindelijk wordt afgesloten met een samenvatting en een summary.

<sup>57</sup> De diverse parlementaire stukken zal ik aanduiden met: kamerstuk 16.593, ... .

Op vrijdag 29 juni 1934 promoveerde H.F.W.D. Fischer tot doctor in de rechtsgeleerdheid aan de universiteit van Amsterdam op het rechtshistorisch proefschrift "De geschiedenis van de reele executie bij koop". In dit proefschrift van bijna 400 bladzijden vindt een uitgebreid onderzoek plaats naar de geschiedenis van de reele executie,<sup>58</sup> speciaal bij koop.<sup>59</sup> Achtereenvolgens treffen we aan: hoofdstuk I, Overzicht van het tot dusverre over de geschiedenis der reele executie bij koop geschrevene. Critiek; hoofdstuk II, Het oud-Romeinsche recht; hoofdstuk III, Het germaansche en in het bijzonder het Nederlandsche recht vóór den invloed der romanisten; hoofdstuk IV, Het latere Nederlandsche recht vóór de codificatie en de invloed door de Romanisten daarop uitgeoefend, en hoofdstuk V, Het Nederlandsche recht na de codificatie. Tevens wordt enige (4 bladzijden) aandacht besteed aan het Zuid-Afrikaanse recht na 1806 in hoofdstuk VI. Tot slot wordt in meer dan twintig bladzijden een overzicht gegeven van de gebruikte bronnen, literatuur en tijdschriften.

Het proefschrift van Fischer is zo veelomvattend, dat een poging mijnerzijds om in dit hoofdstuk een historisch overzicht te geven dat iets meer pretendeert te zijn dan een samenvatting van Fischers onderzoeksresultaten daarbij wel moet verbleken. Aangezien het mijn bedoeling is de reele executie naar geldend en wordend recht te behandelen, waarbij echter niet voorbijgegaan mag worden aan enkele rechtshistorische notities, meen ik te kunnen volstaan met de vermelding van de belangrijkste conclusies van Fischer, zonodig aangevuld met de vermelding van recentere literatuur of door Fischer buiten beschouwing gelaten studies.<sup>60</sup> Dit betekent dat ik wat betreft "achtergrondbeschouwingen" moge verwijzen naar hand- en leerboeken van algemeen-introductieve aard en naar de bekende monografieën. Tevens houdt dit in dat ik afgezien heb van het opnemen van bronnencitaten in extenso, aangezien deze hetzij bij Fischer, hetzij in moderne bronnenuitgaven afgedrukt zijn.

Uit het hiernavolgende zal duidelijk worden, dat de reele executie niet een zuiver Germaanse rechtsinstelling is (tot welke conclusie Fischer mede komt door het begrip reele executie zo ruim op te vatten, dat allerlei gevolgen van niet-nakoming, die men gewoonlijk niet onder dit begrip rekent, zoals de vredelooslegging, daaronder begrepen zijn),

<sup>58</sup> Fischer vat dit begrip veel ruimer op dan normaal gedaan wordt door ook van reele executie te spreken als het lijfswang, dwangsom en bedreiging met vredelooslegging, etc. betreft. Dit staat er echter niet aan in de weg om van de bevindingen van Fischer gebruik te maken.

<sup>59</sup> Het proefschrift is onder meer besproken door: W.F. Lichtenauer, WPNR 3398 (1935), E.M. Meijers, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XV, 1937, blz. 105 e.v. en H.J. Scheltema, RM 1937, blz. 325 e.v.

<sup>60</sup> Bijv. M. Polak, De verplichting van den verkooper tot eigendomsverschaffing, diss. Groningen 1891. Mijn dank gaat uit naar de hoogleraren O. Moorman van Kappen en P.L. Nève voor hun aanbevelingen, terwijl zij mij ook op nieuwe literatuur opmerkzaam maakten.

## 2.1 HET ROMEINSE RECHT

Bij het geding per legis actionem en het formula-proces was reele executie niet mogelijk.<sup>62</sup> Vaststaat dat in het formula-proces slechts veroordeling tot het betalen van een geldsom mogelijk was.<sup>63</sup> Voor het (oudere) legis actio-proces geldt dit niet: er kon veroordeeld worden tot een niet uit geld bestaande prestatie (vgl. Gaius Inst. IV, 48: olim), maar bij executie van dit vonnis werd dit toch weer in een geldsom omgezet.<sup>64</sup> Bij het cognitio extra ordinaria-proces (ontstaan aan het begin van onze jaartelling) lag dit anders. De regel dat elke veroordeling resulteerde in een geldelijke opbrengst bestond niet meer, aangezien dit proces niet het beginsel van de condemnatio pecuniaria kent.<sup>65</sup> Reele executie zal in deze periode ongetwijfeld voorgekomen zijn. Aannemelijk is dat de reele executie van vonnissen die veroordelen tot het leveren of het afgeven van een andere zaak dan geld zich in de vierde en vijfde eeuw heeft uitgebreid. Zekerheid bestaat er dat in het Justiniaanse recht (begin zesde eeuw) een vonnis gewezen in een proces aangaande eigendom of een ander zakelijk recht, via reele executie kon worden tenuitvoergelegd. Er zijn constituties in de Codex en interpolaties in oude Digestenteksten, bijvoorbeeld in D 6.1.68 de woorden "manu militari".<sup>66</sup> Technisch ging Justinianus zo te werk dat hij de kring van de oude actiones arbitrariae, waar de gedaagde de kans kreeg zich door vrijwillige overgifte van de zaak te onttrekken aan veroordeling tot betaling van een aanzienlijke geldsom, uitbreidde en bovendien de rechter de opdracht gaf de zaak bij een tot afgifte onwillige gedaagde met de sterke arm weg te halen (manu militari). Dit betekende dat de uiteindelijke geldveroordeling kwam te vervallen indien de zaak zich nog onder de (onwillige) gedaagde bevond. Het is thans heersende leer onder de Romanisten dat het Justiniaanse recht in het algemeen de reele executie van vonnissen tot leveren/afgeven kende. De middeleeuwse Romanisten dachten hier echter ver-

<sup>61</sup> Vgl. Meijers, blz. 113-116; zie ook I.C. Steyn, Gijzeling, diss. RU Leiden 1939, blz. 29 e.v.

<sup>62</sup> A. Blomeyer, Zivilprozessrecht-Vollstreckungsverfahren, Berlin 1975, blz. 421; R.W. Lee, The Elements of Roman Law, fourth edition, third impression, London 1986, blz. 441 en 444; A. Philips, Reele executie, diss. RU Leiden 1889; Fischer, diss., blz. 25 e.v.; M. Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, blz. 286; P.R. Schobert, Die Realerfüllung, Bern 1952, blz. 14 e.v.; Ph.J. Thomas, Introduction to Roman Law, Deventer 1986, blz. 25 resp. 27; Gaius, Institutiones IV, par. 48.

<sup>63</sup> H. Blank, Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 99 (1982), blz. 303-316.

<sup>64</sup> Kaser, blz. 90-91.

<sup>65</sup> Kaser, blz. 392-393; Lee, blz. 457.

<sup>66</sup> Vgl. R. Feenstra, Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht, vierde herziene druk, Leiden 1984, no. 295; Fischer, blz. 29; Kaser, blz. 498-499; R.W. Lee, An Introduction to Roman-Dutch Law, fifth edition, Oxford 1953, blz. 266; Schobert, blz. 18.

deeld over,<sup>67</sup> zij het dat de voorstanders de overhand hadden. Dat reële executie mogelijk was bij persoonlijke rechtsoptekeningen, met name bij de vordering tot nakoming van een koopovereenkomst, wordt door vele schrijvers aangenomen,<sup>68</sup> maar anderen wijzen dit van de hand.<sup>69</sup>

## 2.2 HET "INHEEMSE" OUD-VADERLANDSE RECHT

In hoeverre was de figuur van de reële executie bekend? Fischer heeft nagegaan of reële executie bij koop in de periode tot rond 1100 mogelijk was. Op grond van Westgotische rechtsoptekeningen en de daarmee verwante bronnen kwam hij tot de conclusie dat slechts dwang tot levering bestond en dan alleen wanneer aan de voorgeschreven feitelijke handelingen was voldaan en (een deel van) de koopprijs was betaald.<sup>70</sup> De koper kon zich niet manu militari in het bezit stellen van het gekochte voorwerp, maar had slechts dwangmiddelen ter beschikking om de verkoper aan te sporen alsnog zijn verplichting tot levering na te komen. Voorop stond dat de verkoper vrijwillig het vonnis waarbij hij veroordeeld was, diende na te komen. Werd hier niet aan voldaan dan kon de in het gelijk gestelde koper door het verrichten van enige formele handelingen bewerkstelligen dat over de veroordeelde een vredeloosverklaring werd uitgesproken, wat betekende dat ieder de vredeloosverklaarde mocht doden. Ook mocht de in het gelijk gestelde partij een deel van het vermogen van de schuldenaar als pand nemen om hem door het gedwongen gemis van het onderpand alsnog tot nakoming te bewegen. Een ander dwangmiddel waartoe de schuldeiser zijn toevlucht kon nemen, was het gebod tot inlage (de schuldenaar

<sup>67</sup> Vgl. H. Dilcher, Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 78 (1961), blz. 277-307; Fischer, blz. 179-180; E.J.H. Schrage, Nemo praecise ad factum cogi potest, une quaestio inédite de Jacques de Revigny sur l'exécution réelle, Bulletin de la Société Archeologique et Historique de l'Orléanais, nouvelle série, Tome IX, no. 68 avril 1985, blz. 53-67.

<sup>68</sup> Zie de door Fischer, blz. 30, noot 1, vermelde schrijvers, alsmede J.P. Dawson, Specific Performance in France and Germany, 57 Michigan Law Review (1958/9), blz. 495 e.v.; T.H. Jackson, Specific Performance of Contracts in Louisiana, 24 Tulane Law Review (1950), blz. 401 e.v., speciaal blz. 410-412; I. Kisch, Beschouwingen over de onderscheiding tussen zakelijke en persoonlijke rechten, diss. UvA 1932, blz. 181-182. F.H. Lawson, Remedies of English Law, second edition, London 1980, blz. 174 en 211; Lichtenauer, WPNR 3398 (1935), blz. 77 rk en 78 lk; Scheltema, RM 1935, blz. 328-329; P. Stein, Equitable Principles in Roman Law, in: Equity in the world's legal systems, Brussels 1973, blz. 85; Thomas, blz. 31 en 101.

<sup>69</sup> Zie de door Fischer op blz. 32, noot 5 en blz. 33 vermelde schrijvers alsmede o.a. J.J. Henny, De verplichting van de verkoper tot levering, diss. RU Leiden 1882, blz. 19; J.P. Moltzer, De overeenkomst ten behoeve van derden, Amsterdam 1876, blz. 84 en 85 en Polak, blz. 42.

<sup>70</sup> Fischer, blz. 46 e.v.

werd gedwongen om op eigen kosten zijn intrek te nemen in een bepaalde herberg) eventueel gevolgd door gevangenneming. Van rechtstreekse executie, de rechter of zijn dienaren nemen het verkochte goed weg en overhandigen dit aan de schuldeiser die eigenaar wordt, was in deze tijd nog geen sprake.<sup>71</sup>

Ook voor het tijdvak tot ongeveer 1581 is de conclusie van Fischer dat slechts indirecte executiemiddelen (beslaglegging op de goederen van de schuldenaar, gevangenneming, vredeloosverklaring) mogelijk waren om de schuldenaar te dwingen alsnog te voldoen, mits de koper (een deel van) de koopprijs had betaald.<sup>72</sup> Slechts in het Noordoostelijk deel van ons land, Drenthe en Selwerd (de streek bij de stad Groningen), was reële executie mogelijk. In deze gebieden was de receptie van het Romeinse recht nauwelijks doorgedrongen. In beide gebieden was het hoogste gerecht een volksgerecht en niet een provinciaal hof zoals in de overige gebieden.<sup>73</sup> Vastgehouden werd aan het inheemse recht dat oude instellingen als de "stoclegging" bij de eigendomsoverdracht van onroerend goed kende.<sup>74</sup> De verkoper van onroerend goed was verplicht de juridische overdrachtshandeling door middel van "stoclegging" te verrichten. Was de koopprijs (gedeeltelijk) voldaan, dan kon een veroordeling tot "stoclegging" reël geëxecuteerd worden.<sup>75</sup> Hier dus geen schadevergoeding die in de plaats van de levering trad.

Philips<sup>76</sup> is de mening toegedaan dat hoewel schrijvers en rechtspraak verdeeld waren, de mogelijkheid van reële executie de overhand schijnt te hebben gehad, waarbij echter in het oog gehouden dient te worden dat de land- en stadsrechten en de regels betreffende de rechtspleging in de verschillende gewesten en steden uiteen liepen. Meestal werd slechts voorzien in de geldexecutie en werd gezwegen over andere dwangmiddelen. De "Ordonnantie op de Justitie binnen de Steden en te platten lande van Holland" van 1 april 1580 bevat echter twee artikelen, de artt. 31 en 32,<sup>77</sup> die met de executie van verbintenissen in verband staan.<sup>78</sup>

<sup>71</sup> Fischer, blz. 66 e.v.; Schobert, blz. 20, noot 5.

<sup>72</sup> Fischer, blz. 111 e.v. Anders S.J. Fockema Andreae, *Het recht van den koper in het oude Nederland*, Verslagen en Mededelingen der Koninklijke Akademie van wetenschappen, afdeling Letterkunde, vierde reeks, zesde deel, Amsterdam 1904, blz. 266: naar het oud-Nederlandsche recht, ..., heeft de koper van eene zaak er aanspraak op, dat deze hem worde geleverd.

<sup>73</sup> De Blecourt-Fischer, blz. 294 e.v.; B.H.D. Hermesdorf, *Aanteekeningen bij de geschiedenis van het oude vaderlandse recht*, zevende druk, Nijmegen/Utrecht 1965, blz. 172.

<sup>74</sup> F.F.X. Cerutti, *Hoofdstukken uit de Nederlandse Rechtsgeschiedenis*, Nijmegen, 1972, blz. 187. Volgens het Middelnederlandsch handwoordenboek, bewerkt door J. Verdam, is stocleggen: op vormelijke wijze afstand doen van onroerend goed.

<sup>75</sup> Landrecht van Selwerd, 1673, artt. 20-22; Rapport van Gerard van Oostendorp (een uit 1557 stammende optekening van het toenmaals in Drenthe geldende recht), art. 62.

<sup>76</sup> Blz. 41 e.v.

<sup>77</sup> Groot Placaetboek II, blz. 695.

<sup>78</sup> Deze regeling stemde overeen met de artt. 15 en 16 van de Ampliatie van 21 dec. 1579 op de Instructie van het Hof. Vgl. ook D.G. van der Keessel, *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam*, tekstuitgave ver-

Henny<sup>79</sup> meent dat bij de verbintenis om te geven, zowel ten aanzien van roerend goed als ten aanzien van onroerend goed, de verkoper verplicht was te leveren en dat de koper zich de zaak door reele executie kon toeëigenen wanneer de verkoper weigerachtig was aan de verbintenis te voldoen.

## 2.3 HET OUD-VADERLANDSE RECHT

Bij de vraag of reele executie in het oud-vaderlandse recht na de receptie van het geleerde recht mogelijk was, moeten we onderscheid maken tussen Groningen, Drenthe, Overijssel en Gelderland enerzijds en Holland, Zeeland, Utrecht en Friesland anderzijds. In de oostelijke gebieden is de invloed van het Romeinse recht in het algemeen veel geringer geweest dan in het westen, wat waarschijnlijk samenhangt met het verschil in economische activiteiten: in de eerstgenoemde streken werd de nadruk meer gelegd op de landbouw, in de andere gebieden kregen handel en nijverheid meer aandacht.

In het oosten vinden wij reele executie van de veroordeling tot levering van onroerend goed, hetzij door stoclegging,<sup>80</sup> hetzij via zegeling van het koopcontract<sup>81</sup> danwel gerechtelijke overdracht.<sup>82</sup> De ordonnantie van de stad Groningen kende zelfs een algemene, zowel voor roerend als voor onroerend goed geldende regel met betrekking tot de reele executie.<sup>83</sup> Daarnaast kwamen in deze streken ook dwangmiddelen voor bij de overdracht van roerend goed of wanneer het ging om het verrichten van een handeling.<sup>84</sup>

In het westen was de invloed van het Romeinse recht groot. De samenhang van het privaatrecht en procesrecht in de westelijke provincies was aanzienlijk, wat o.a. blijkt uit het feit dat schrijvers uit Holland, Utrecht en Friesland elkaar over en weer aanhalen. Daarnaast werd in Friesland en Utrecht herhaaldelijk een beroep gedaan op uitspraken

---

zorgd door P. van Warmelo e.a., Amsterdam/Kaapstad 1967, band VI, blz. 127 en 129.

<sup>79</sup> Blz. 40 e.v.

<sup>80</sup> Vgl. het Drentsche landrecht van 1712, boek III, artt. 61 en 63. Zo ook Landrecht van Selwerd 1673, boek IV, artt. 20-22. Zie ook F.C.J. Ketelaar, Van pertinent register en ordentelijk protocol, overdracht van onroerend goed in de tijd van de Republiek, in: *Ars Notariatus XXXII*, Amsterdam/Deventer 1985, blz. 51 e.v.

<sup>81</sup> Vgl. Ordonnantie van de stad Groningen 1701. Titel Van koop ende verkoop, artt. 7 en 8. Zo ook: Landrecht der beiden Oldambten 1618, boek III, art. 31-33.

<sup>82</sup> Overijssels landrecht 1630, deel II, titel 8, art. 9. Net zo: Stadrecht van Zwolle 1794, deel III, tit. 12, artt. 27 en 28; Rechten, coutuymen ende gewoonten der stadt Tyel, 1659, deel I, tit. 21, art. 1; Landrecht van Drenthe 1614, boek III, art. 29.

<sup>83</sup> Tit. Van Koop ende verkoop, art. 9. De verkoper is gehouden 't verkoghte goetd selver, indien 't selve in zijn macht is, praecise over te leveren, ofte by ontstentnisse van dien, verobligeert wesen den interesse met de opgelopen kosten, tot des rechts moderatie te betalen. (geciteerd naar Fischer, blz. 228).

<sup>84</sup> Vgl. Gereformeerde willekeuren ende stadt-rechten van Harderwyck, 1734, deel II, cap. 4, art. 5.

van het Hof van Holland en de Hoge Raad van Holland en Zeeland,<sup>85</sup> terwijl Friese en Utrechtse rechtspraak in Holland geciteerd werd. Hier was in het algemeen voor de levering van roerend en onroerend goed geen reele executie mogelijk, slechts dwangmiddelen als lijfswang, inlage en gevangenneming werden aan de in het gelijk gestelde koper ter beschikking gesteld.<sup>86</sup> Zie voor het Friese recht bijvoorbeeld Ulrik Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheit*, soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk (1686) <sup>87</sup> In Utrecht kon de verkoper van onroerend goed uiteindelijk niet altijd volstaan met betaling van schadevergoeding, maar moest het verkochte soms werkelijk geleverd worden,<sup>88</sup> evenals in Holland. Zie bijvoorbeeld *De Groots Inleidinge*<sup>89</sup> en

<sup>85</sup> Vgl. Fischer, blz. 239 en 276. Zo werd veelvuldig een beroep gedaan op decisio 50 (over dubbele verkoop van een stuk land), zoals opgenomen in een bundel standaardarresten, waarvan de samenstelling toegeschreven is aan de raadsheer Van Nieustad (Neostadus). L.J. van Apeldoorn heeft in *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 1938, blz. 248 e.v. de bundel toegeschreven aan Pelgrim van Loo.

<sup>86</sup> Zo bleek in de hiervoor genoemde decisio 50 dat het stuk land nog niet aan de tweede koper was geleverd, zodat de verkoper kon voldoen aan een vonnis tot levering. Toen hij dit echter niet deed, hij bood schadevergoeding in geld aan, gelastte de Hoge Raad de tot levering veroordeelde verkoper "in de Gijzeling zoude werden gehouden tot dat hij 't zelve land hadde geleverd" (Kornelis van Nieustad en Jakob Kooren, *Hollandse praktijk in Rechten*, Nu eerst tot nut en dienst van de Neder-duytsche Practisyns uyt het Latijn vertaald door Adriaan van Nispen, Rotterdam 1635, blz. 132).

<sup>87</sup> Boek III, kap. XXI, no. 77-79. Boek V, kap. XL, no. 20 e.v. waar hij onderscheidt de executie van a. condemnatie van penniglijke schuld, b. condemnatie tot yets te doen, c. condemnatie tot restitutie van seekere stucken goedts (achtereenvolgens de no. 20-37, 38-40, 41).

<sup>88</sup> Zie bijv. *Utrechtse consultatien*, deel III (1700) sententies 59 en 108 en hierover Fischer, blz. 253 e.v.

<sup>89</sup> (Geciteerd naar de door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer en E.M. Meijers verzorgde uitgave met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van De Groot, Leiden 1952.) Boek III deel 2, par. 14. De schenckinge zijnde voltrocken is den schencker ghehouden tot levering, ende alzoo bekومت den aenkomer eerst inschuld tot eighendom, ende daer nae den eigendom zelve. Maer tot winpenninge van wegen uitstel van de levering en is den schencker niet gehouden. Van der Keessel, band IV, blz. 57, beaamt dit volkomen en wijst erop dat zelfs in het Romeinse recht de schenker gedwongen kon worden om de geschonken zaak te leveren.

Boek III, deel 3, par. 41. Doch hoe wel nae 't aangebooren recht iemand die iet toegezeit heeft te doen, gehouden is zulcks te doen, ingevalle het hem doenlick is, zoo mag hy nochtans nae 't burgerrecht volstaen, mids voldoende den bedingher ofte aennemer de waerde van 't gunt hem daer aen was gelegen, ofte de straffe zoo daer eenige is bedonghen, by gebreck van de daed te voldoen. Van der Keessel, band IV, blz. 127 en 129, geeft aan dat de opvatting van De Groot weerlegd is door Groenewegen en S. van Leeuwen (resp. *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Vgl. de uitgave verzorgd door B. Beinart en



ook de reacties van latere schrijvers op boek III deel 3, par. 41, een paragraaf die zij voor onjuist houden en bestrijden,<sup>90</sup> en Simon van Leeuwen, Rooms-Hollandsch recht.<sup>91</sup> Het Zeeuwsche recht stemde met het Hollandse overeen, beide gewesten hadden dezelfde rechtscolleges: de Hoge Raad van Holland en Zeeland en het Hof van Holland en Zeeland.<sup>92</sup>

Aangezien in plaatselijke uitzonderingsgevallen de schuldeiser wel buiten de schuldenaar om kon krijgen waar hij recht op had,<sup>93</sup> geeft het bovenstaande slechts een algemene indruk aangaande de mogelijkheid van reële executie naar streek in deze tijd.

---

M.L. Hewett, volume III, Johannesburg 1984) ad Dig. 42.1.13.1 en Cens. For. 4.13.12 en 4.19.10). Bovendien erkent De Groot in boek III, deel 15, par. 6 voor de verkoper deze leer wel, terwijl ook de Instr. van de Hoge Raad, art. 257 en de Ordonn. op de Justitie in de Steden ende ten platten lande van 1580, artt. 31 en 32, dit inhield.

Boek III, deel 19, par. 12. Ter andere zijde heeft den huurder recht tot het gebruik van de zaak, ofte vergoeding van 't gunt hem daeraen is gelegen. Oversulcs mag hy oock den verhuurder bedwingen om 't verhuurde goed te houden in goeden raecke, sulcx dat het bruickbaer zy: 't welck den verhuurder moet doen 't sijnen koste ende indien hy in gebreecke blijft, mag den huurder 't onderhoud verschieten op reekening van sijn huur, ofte ... , enz. Van der Keessel, band V, Amsterdam/Kaapstad 1967, blz. 37 en 39, meent dat gezien de aan het recht ten grondslag liggende beginselen en de verwantschap tussen koop en huur, de verhuurder het gehuurde moet verschaffen en niet kan volstaan met het aanbieden van schadevergoeding.

<sup>90</sup> Zie bijvoorbeeld de uitgave van de Inleidinge van aantekeningen voorzien door S.J. Fockema Andreae, Arnhem 1895, die opmerkt (blz. 141): Wat De Groot hier zegt, is door andere schrijvers op goede gronden bestreden. Waar de verbintenis betreft het "praestereen van een factum" kan naar Hollandsch recht voor de nakoming worden gegijzeld, zie o.a. Ord. op de man. v. proced. in de steden en ten platten lande 1580 a. 31. Ook waar het levering van een goed betreft staat de weg der reële executie open. Groenewegen, De leg. abr. 2 ad. Cod. IV.49, Neostadius, Supr. cur. dec. 50; v.d. Keessel. Th. Sel 512, S. van Leeuwen, Cens. For. Pars I L IV. Cap. 19 no. 10.

<sup>91</sup> Boek IV, deel 14, no. 3, al. 2., boek IV, deel 18, no. 1. Uit boek V, deel 26, no. 5 blijkt dat "op alle reële en possessoire gewijsdens, daer by yemand enig vast goed, of besit van dien werd toegewesen" de gerechtigde het bezit en/of de eigendom verkreeg. Dit is in overeenstemming met hetgeen aangaande het zakenrecht aangenomen werd en wordt.

<sup>92</sup> Zie ook Henny, blz. 42 e.v.; Philips, blz. 18 e.v. en blz. 42 e.v.; Polak, blz. 47 e.v.; O.W. Sipkes, De verplichting van de verkoper tot levering, diss. RU Leiden 1886, blz. 15 e.v.

<sup>93</sup> Vgl. Fockema Andreae in zijn commentaar op De Groots III, 19, par. 12.; J.W. Verburgt, Levering van onroerende zaken te Leiden, diss. RU Leiden 1930, blz. 43 e.v. en blz. 60 e.v.

## 2.4 DE BATAAFS-FRANSE PERIODE

Gedurende de periode dat het Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland (WNH) gegolden heeft (1 mei 1809 - 1 maart 1811)<sup>94</sup> was reële executie mogelijk. Uit de artt. 588, 1341 en 1384 blijkt dat de schuldeiser bij wanprestatie van de schuldenaar kon eisen alsnog in het bezit van de zaak gesteld te worden en dat hij geen genoegen hoefde te nemen met de ontbinding van de overeenkomst. Voor de wijze van tenuitvoerlegging was een regeling gegeven in het Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Koninkrijk Holland,<sup>95</sup> in 1809 vastgesteld maar niet ingevoerd, dat evenals de uit 1799 daterende en ook niet ingevoerde Algemeene manier van procederen in civiele en criminele zaken, een samenvatting vormde van het oud-Hollands procesrecht. In boek II, titel 7 (van de executien) werd een driedeling geschapen en wel executie aangaande a. reële actien (art. 845), b. personele condemnaties (artt. 846-873) en c. gijzeling (artt. 874-887). De samenhang tussen beide regelingen bleek uit art. 1800 WNH (te vinden in de 16e titel van boek III, van personeel arrest in civiele zaken) waar voor de tenuitvoerlegging van de gijzeling verwezen werd naar het Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging.

De Franse wetboeken die van 1811 tot 1838 (de Code Pénal zelfs tot 1886) gegolden hebben, waren een codificatie van het in Frankrijk geldende recht, waarbij werd teruggegrepen op de doctrine en de jurisprudentie. Voor de Code Civil, in 1804 op aandrang van Napoleon tot stand gekomen, waren de opvattingen van Pothier, Bourjon en Domat van groot belang. Deze Franse schrijvers achtten het mogelijk bij een verbintenis strekkende tot het doen overgaan van een zaak in de macht van een ander, die zaak aan de ander die weigerachtig bleek te ontnemen, zo nodig met behulp van de sterke arm.<sup>96</sup> Zij gingen er van uit dat de samenstellers van de Code Civil de zgn. romanistische leer (die ook door Pothier aangehangen werd) volgden, welke leer de regel "nemo praecise ad factum cogi potest" beperkte tot de handelingen die bestaan in het leveren van een zaak.<sup>97</sup> De Code Civil kende voor de koop een bepaling die uitdrukkelijk aangaf dat de koper ingeval van niet nakoming hetzij ontbinding van het contract, hetzij nakoming kon vorderen met reële executie van het tot levering veroordelende vonnis (art. 1610 CC). In de in 1807 ingevoerde Code de Procedure Civile werd weliswaar slechts gesproken over de tenuitvoerlegging van vonnissen veroordelend tot betalen van een geldsom, maar er werd van uitgegaan dat hier een niet uitputtende regeling van de verschillende wijzen van tenuitvoerlegging werd gegeven, zodat de

<sup>94</sup> Voor het gebied ten zuiden van de Waal vanaf 1 januari 1811. Asser-Scholten, blz. 174; Fischer, blz. 313 e.v.

<sup>95</sup> Vgl. O. Moorman van Kappen, in de bundel Rechtspleging, Deventer 1974, Een ongeschreven hoofdstuk uit de geschiedenis van onze rechterlijke organisatie, bl. 193 e.v.

<sup>96</sup> Fischer, blz. 320 e.v.; Vgl. Henny, blz. 59-60; Molengraaff, blz. 53 e.v.; Philips, blz. 52 e.v. Een rol zal hierbij zeker gespeeld hebben dat naar Frans recht de eigendom door de enkele overeenkomst al overgaat (zie daarover ook par. 9.4).

<sup>97</sup> Vgl. ook De Maleville (een der samenstellers van de Code Civil), *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'état*, 2e ed. 1807, Tom. III ad art. 1610 CC, p. 373-374.

veroordeling tot levering van een bepaalde zaak wel reeel te executeren was. Ook de jurisprudentie sluit aan bij de opvatting dat reele executie in dergelijke gevallen wel mogelijk was.<sup>98</sup> Aangezien de reele executie meestal met de sterke arm werd tenuitvoergelegd bestaat er toch een verschil met het ongedificeerde recht, waar men meestal de toevlucht tot dwangmiddelen nam.

Bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek in 1838 is voornamelijk het voorbeeld van de Franse Code Civil gevolgd. Zo zijn de artikelen van het wetboek over de verbintenissen om te geven en (niet) te doen, over de schadevergoeding bij niet-presteren en over de koop voor het merendeel aan de Code Civil ontleend.<sup>99</sup> Een belangrijke wijziging is echter geweest dat volgens het Burgerlijk Wetboek de eigendomsovergang bij de levering plaats heeft, zoals dit ook in het oudvaderlands recht plaats had<sup>100</sup> en niet reeds bij de obligatoire overeenkomst.<sup>101</sup>

In de periode 1882-1895 worden diverse proefschriften inzake reele executie verdedigd.<sup>102</sup> Deze schrijvers zijn met uitzondering van Sipkes en Polak, van oordeel, dat de verkoper tot levering kan worden gedwongen. De Hoge Raad ontkende in een in par. 4.2.2 uitgebreid te behandelen en veel bestreden arrest van 23 juni 1899, W 7302 echter de mogelijkheid van reele executie bij de verplichting tot levering van onroerend goed.

Uit het bovenstaande blijkt dat na 1838 rechtspraak en schrijvers de reele executie niet meer algemeen aanvaarden. Het argument dat de tegenstanders hanteren is dat de wet geen (algemene) regeling van de reele executie geeft en dat het de rechter niet vrijstaat de wet aan te vullen. Kortom een zeer legistisch standpunt: alle recht ligt in de wet, zwijgt de wet dan is er geen recht.

Na 1838 is het civiele recht herhaaldelijk gewijzigd<sup>103</sup> en zijn vele plannen voor een al dan niet gehele herziening ingediend, die meestal geen resultaat hadden. In de navolgende hoofdstukken zal aan deze voorstellen voor het gebied van de reele executie uitgebreider aandacht

<sup>98</sup> Vgl. W.V. Van Hamelsveld, Verz. gewijsden van het Hoog Gerechtshof, beginnende met het jaar 1814, deel III, blz. 29 e.v. betreffende Hoog Gerechtshof 4 november 1815 en rechtbank van koophandel Leeuwarden 1 mei en 7 augustus 1817 op andere gronden vernietigd door Hoog Gerechtshof 4 maart 1818. Idem, deel IV, blz. 174 e.v. betreffende Hoog Gerechtshof 23 juli 1819.

<sup>99</sup> De artt. 1271 e.v. BW corresponderen met de artt. 1136 e.v. CC, de artt. 1279 e.v. BW met de artt. 1146 e.v. CC, de artt. 1493 e.v. BW met de artt. 1582 e.v. CC.

<sup>100</sup> Vgl. Hugo de Groot, boek II, deel 5, par. 2.

<sup>101</sup> Vgl. de artt. 639, 667 e.v. en 1495 BW. De artt. 1138 en 1583 CC werden niet overgenomen.

<sup>102</sup> Ik noem Henny (1882), L.V. van Rossem, Kan de verkoper van onroerend goed naar analogie van art. 1217 al. 3 BW tot de levering gedwongen worden?, RU Utrecht 1883, S.J.I.A. Mulder, Kan van onroerend goed, de koper den eigendom verkrijgen, wanneer de verkoper weigert mede te werken tot de levering in art. 671 BW vereischt?, UvA 1884, Sipkes (1886), Philips (1886), Polak (1891) en P.C.E. van Wijmen, Executoir-arrest op een onroerend goed dat verkocht, maar nog niet geleverd is, UvA 1895.

<sup>103</sup> Vgl. Asser-Scholten, blz. 182 e.v.; Fischer, blz. 351 e.v.

geschonken worden, zeker wanneer zij tot wetswijziging leidden. Ik wil hier slechts noemen:

- Ontwerp Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering 1865 (met reele executie in Boek V, titels 9 en 10);
- Ontwerp 1898 tot herziening van het tweede boek van het Burgerlijk Wetboek (art. 106 leden 1 en 3; vgl. ook ontwerp 1870 art. 671 BW en ontwerp 1916, artt. 671c en 671e BW);
- Ontwerp Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering 1920 van de commissie Gratama (vgl. de artt. 78 en 550 e.v.; toelichting blz. 31 e.v.);
- Wet van 22 december 1924, Stb. 573 (herziening van het zeerecht met in art. 318 K de mogelijkheid tot reele executie van de veroordeling tot levering van zeeschepen).

Vanzelfsprekend krijgen het nieuwe Burgerlijk Wetboek, de (nog niet ingevoerde) wet van 7 mei 1986, Stb. 295 en wetsontwerp 17.496 de plaats die hen toekomt: een apart hoofdstuk.

#### 3.1 ALGEMEEN

Op grond van art. 1269 BW ontstaan verbintenissen óf uit overeenkomst of uit de wet. De rechtspraak heeft dit zodanig uitgelegd dat met art. 6.1.1.1 NBW gezegd kan worden dat verbintenissen ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit.<sup>104</sup> Reele executie zal in de regel gebaseerd zijn op een wetsbepaling. Weliswaar is reele executie op grond van een overeenkomst niet uitgesloten, maar in de praktijk zal dit niet zo vaak voorkomen.<sup>105</sup> In principe is, zolang aan de wettelijke bepalingen is voldaan, het steeds mogelijk een afspraak in de vorm van een juridisch bindende overeenkomst te gieten. Wij kennen immers het beginsel van de contractsvrijheid, dat wil zeggen dat het ieder vrij staat a. al dan niet een overeenkomst aan te gaan, b. die overeenkomst aan te gaan met wie men wil en c. de inhoud, werking en voorwaarden van die overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen. Verder geldt het beginsel van het consensualisme, dat inhoudt dat een overeenkomst door de wilsovereenstemming van partijen tot stand komt en dat geen speciale vorm vereist is.<sup>106</sup>

Wanneer niet voldaan is aan art. 1356 BW kan de overeenkomst niet volledig haar beoogde werking hebben, hetzij omdat zij nietig is (bij wilsonbreken en het ontbreken van een bepaald onderwerp of een geoorloofde oorzaak), hetzij omdat zij vernietigbaar is (bij wilsgebreken en handelingsonbekwaamheid).

#### 3.2 DE VEREISTEN DIE ART. 1356 BW STELT

##### 3.2.1 Toestemming, handelingsbekwaamheid en bepaalbaar onderwerp

Bezien wij het toestemmingsvereiste,<sup>107</sup> dan kunnen wij opmerken dat wanneer de toestemming ontbreekt, geen overeenkomst tot stand kan komen: er is sprake van nietigheid.<sup>108</sup> Is er sprake van een wilsge-

<sup>104</sup> Vgl. HR 29 december 1921, NJ 1922, 225 (o.g.v. rechterlijk bevel); HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (o.g.v. rechterlijk verbod, Voorste stroom VII); HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (passen in het stelsel van de wet, Quint-te Poel); HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (o.g.v. praecontractuele goede trouw, Plas-Valburg). Een besluit van de jaarvergadering van een rechtspersoon (o.g.v. een meerzijdige rechtshandeling die geen overeenkomst is); Asser-Rutten I, blz. 52 e.v.; Hofmann-Van Opstall, blz. 56 e.v.; Pitlo-Bolweg, blz. 38 e.v.

<sup>105</sup> Vgl. de jurisprudentie die hierna genoemd zal worden.

<sup>106</sup> Vgl. Asser-Rutten II, blz. 30 e.v.; Hofmann-Abas, blz. 11 e.v.

<sup>107</sup> Onder toestemming is te verstaan: het door de contractanten aan elkaar afleggen overeenstemmende wilsverklaringen, teneinde door middel daarvan een overeenkomst tot stand te brengen.

<sup>108</sup> Vgl. Hof Amsterdam 14 november 1985, KG 1985, 383 of er i.c. een overeenkomst tot stand gekomen was.

brek omdat de wilsovereenstemming onder invloed van een onjuiste voorstelling (bij dwaling) c.q. gang van zaken (bij dwang en bedrog) is gevormd, dan is er sprake van vernietigbaarheid.<sup>109</sup> Duidelijk zal zijn dat de toestemming om een overeenkomst aan te gaan niet reeel te executeren is. Toestemming veronderstelt het bestaan van een bevestigende wilsuiting. Deze wilsuiting is zo aan de persoon zelf gebonden, dat de wilsuiting van een ander daar niet voor in de plaats kan treden, terwijl het ook niet mogelijk is rechtsgeldig iemands wil te sturen. In het laatste geval is er sprake van wilsontbreken (bijvoorbeeld bij hypnose) dan wel een wilsgebrek (onder bedreiging met de dood verkoopt de textielbaron zijn imperium voor een appel en een ei). Alleen de rechter kan soms door middel van zijn uitspraak de toestemming vervangen. In het NBW moeten we denken aan art. 3.11.4; voor het huidige recht aan de artt. 876m en 1217 lid 3 BW. In de artt. 876r en 1117 BW treedt de rechter niet direct zelf handelend op, maar benoemt hij een onzijdig persoon wiens verklaringen in de plaats treden van die van de veroordeelde.

Overigens gelden in verband met de reele executie, evenals voor de handelingsbekwaamheid en bepaalbaarheid van het onderwerp, voor de toestemming de normale, algemene regels zoals die voor overeenkomsten in het algemeen gelden. Zo is de overeenkomst waarbij een minderjarige de mogelijkheid om in bepaalde gevallen tot reele executie over te gaan verkrijgt geldig en is dezelfde overeenkomst waarbij een minderjarige diezelfde bevoegdheid verleent, vernietigbaar.

### 3.2.2 Geoorloofde oorzaak

Hierboven is aangegeven dat de bevoegdheid om tot reele executie over te gaan een bevoegdheid is die de positie van de schuldeiser versterkt. Het vereiste van de geoorloofde oorzaak wil ervoor waken dat de schuldenaar zich volledig overlevert aan zijn schuldeiser. De eis van de geoorloofde oorzaak valt uiteen in tweeën: allereerst dient er een oorzaak te bestaan en vervolgens moet deze oorzaak geoorloofd zijn. Is aan een van de beide eisen niet voldaan, dan is er sprake van nietigheid. De heersende leer<sup>110</sup> verstaat onder oorzaak: het doel dat partijen zich gezamenlijk stellen bij het aangaan van de overeenkomst; en zij meent dat een overeenkomst zonder oorzaak is wanneer dit doel reeds ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet te verwezenlijken is. O.a. Rutten en G.J. Scholten<sup>111</sup> zijn de mening toegedaan dat het criterium moet zijn of al dan niet een redelijke economische maatschappelijke grond voor het aangaan van de overeenkomst aanwezig is. De verbintenis is reeds zonder oorzaak als er weliswaar recht op een contraprestatie bestaat, maar deze niet in een redelijke verhouding staat tot de prestatie waartoe de schuldenaar zichzelf verbonden heeft. Art. 1371 BW zegt dat een overeenkomst zonder oorzaak, of uit een valse of een ongeoorloofde oorzaak aangegaan, krachteloos is, dat wil zeggen: nietig is, niet bestaat. Wanneer geen oorzaak aanwezig is, zal na het hierboven behandelde duidelijk zijn. Onder een valse oorzaak

<sup>109</sup> Vgl. Pres. rb. Haarlem 29 juli 1985, KG 1985, 298.

<sup>110</sup> Vgl. HR 17 november 1922, NJ 1923, 155 (Zeilmaker-Mirandolle); Hofmann-Abas, blz. 118 e.v.; Pitlo-Bolweg, blz. 230.

<sup>111</sup> Asser-Rutten II, blz. 176 e.v.; G.J. Scholten, De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst, diss., UvA 1934, blz. 96 e.v.

moet worden verstaan een gesimuleerde oorzaak (vgl. HR 12 april 1985, NJ 1986, 808). Te denken valt aan het geval dat de huurder van een pand aan zijn burens voorwendt het recht te hebben de overhangende takken boven zijn erf af te snijden.<sup>112</sup> Een voorbeeld van een overeenkomst zonder oorzaak is te vinden in HR 30 november 1979, NJ 1980, 281.

Vervolgens komen wij toe aan de eis van het geoorloofd karakter van de oorzaak. Strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde betekent ongeoorloofdheid. Wanneer strijd met de wet of de openbare orde bestaat zal veelal niet moeilijk te constateren zijn. In het eerste geval omdat de wet duidelijke taal spreekt, in het tweede geval omdat de regels betreffende de openbare orde (de normen en beginselen die nodig zijn voor de instandhouding van de maatschappij) vrijwel altijd in de wet zijn neergelegd. Een overeenkomst die nietig is wegens strijd met de openbare orde zonder dat strijd met de wet of de goede zeden bestaat, komt vrijwel nooit voor.<sup>113</sup>

Wat precies onder "de goede zeden" verstaan moet worden, is niet nauwkeurig te bepalen. Vast staat dat de inhoud van het begrip wisselt naar tijd en plaats<sup>114</sup> en dat dit begrip in ons land sterk beïnvloed is door de christelijke moraal, wat ertoe geleid heeft dat slechts in randgevallen twijfel kan bestaan, maar er in een concreet geval meestal eenstemmigheid heerst. Overigens dient er op gewezen te worden dat uitgegaan wordt van een overeenkomst met een geoorloofde oorzaak tot dat het tegendeel blijkt. Niet alleen is het bewijzen van de afwezigheid van iets zeer moeilijk, in vrijwel alle gevallen heeft de overeenkomst inderdaad een geoorloofde oorzaak.

Strijd met de goede zeden kan zich voordoen vanwege de inhoud van de overeenkomst of op grond van de motieven van de handelende personen.<sup>115</sup> Een bijzonder geval van strijd met de goede zeden doet zich voor bij het misbruik maken van omstandigheden.<sup>116</sup> Dit geval doet zich voor wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling c.q. het tot stand komen van een rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou moeten behoren te weerhouden.<sup>117</sup> Krijgt iemand een voordeeltje in de schoot geworpen, dan

<sup>112</sup> Vgl. Hof 's-Gravenhage 25 april 1963, NJ 1965, 222 en Rb. Middelburg 26 maart 1980, NJ 1981, 25 t.a.v. art. 714 BW.

<sup>113</sup> HR 26 maart 1971, NJ 1971, 434 (Gemeenteraadsverkiezing Elsloo).

<sup>114</sup> Vgl. HR 28 november 1978, NJ 1979, 93, n.a.v. Rb. Amsterdam 2 februari 1978, NJ 1979, 94 met Rb. Maastricht 7 september 1977, NJ 7 september 1977, NJ 1978, 132, inzake Deep Throat.

<sup>115</sup> Vgl. Asser-Rutten II, blz. 205 e.v.; Contractenrecht (Wuisman), losbladige Kluweruitgave, III D2, no. 116 e.v.; Hofmann-Abas, blz. 136 e.v.; Pitlo-Bolweg, blz. 231 e.v.

<sup>116</sup> Zie de proefschriften van P.A. Stein, Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen, RU Leiden, 1957; C.J. van Zeben, De leer van het iustum-pretium en misbruik van omstandigheden, RU Utrecht 1960, en M.H.S. Lebens-de Mug, Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden, KU Nijmegen 1981. Asser-Rutten II, blz. 144 e.v.; Hofmann-Abas, blz. 153 e.v.; Pitlo-Bolweg, blz. 239 e.v.; HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (Bovag II); HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104 (Van Elmbt-Feierabend).

<sup>117</sup> Vgl. art. 3.2.10 NBW.

heeft hij geluk gehad en zal ieder hem voor gek verslijten wanneer hij dit voordeel niet zal grijpen. Gaat bij een belangrijke sportwedstrijd een extra kassa open, zodat een supporter plotseling bijna vooraan staat en hij toch nog de toegangsbiljetten kan verkrijgen, waar hij, gezien de lange rij voor een andere kassa, al niet meer op rekende, dan maakt hij terecht gebruik van het feit dat hij plotseling zo snel aan de beurt kwam. Het zou pas laakbaar worden wanneer hij extra toegangsbiljetten zou kopen teneinde deze tegen de dubbele prijs te verkopen aan de waarschijnlijk tevergeefs wachtenden aan het eind van de lange rij.

Behalve in de gevallen van misbruik van omstandigheden, waar alleen de benadeelde zich kan beroepen op de nietigheid, is er bij de overeenkomsten met een ongeoorloofde oorzaak sprake van een absolute nietigheid die ex tunc en van rechtswege werkt. Dit betekent dat de nietigheid voor allen geldt en dat de beoogde rechtsgevolgen niet intreden, zodat zolang nog niet gepresteerd is, geen nakoming gevorderd kan worden en dat als reeds gepresteerd is, de prestatie ongedaan gemaakt kan worden op grond van een zakelijk recht of op grond van onverschuldigde betaling. Dat de nietigheid voor iedereen geldt heeft tot gevolg dat ook de beide contractanten zich hierop kunnen beroepen, wat tot onbillijke situaties aanleiding kan geven.<sup>118</sup>

Ik heb wat langer willen stilstaan bij de ongeoorloofde oorzaak, omdat hieruit blijkt dat wanneer de schuldeiser zijn positie in een overeenkomst, waarbij hij de bevoegdheid verkrijgt om tot reële executie over te gaan, al te zeer versterkt, de overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak verkrijgt en nietig is. De overeenkomst heeft dan nimmer geldingskracht bezeten en de schuldeiser die toch tot reële executie overgaat handelt onrechtmatig.

Het gevaar dat de schuldeiser zijn positie al te zeer gaat versterken en dit gaat uitbuiten, misbruik van omstandigheden gaat maken, is dus bezworen. Toch blijkt het soms bezwaarlijk dat de rechter er aan te pas moet komen, om dit te constateren. Juist in de gevallen dat geen strijd met de goede zeden bestaat, zou de schuldenaar het recht van de schuldeiser in behoorlijke mate kunnen frustreren. Weliswaar moet er van worden uitgegaan dat de overeenkomst geldig is, een geoorloofde oorzaak bezit, en moet de schuldenaar het tegendeel bewijzen, toch zal de schuldeiser die geconfronteerd wordt met (de dreiging van) een proces er licht toe komen zijn bevoegdheid (nog) niet tot gelding te brengen, bang als hij is mogelijk onrechtmatig te handelen en om dan schadevergoeding te moeten betalen. In de gevallen dat het voor de schuldeiser van belang is van zijn recht om tot reële executie over te gaan snel gebruik te maken (bijvoorbeeld wanneer de vermogenspositie van de schuldenaar zeer snel verslechtert en mogelijk zelfs tot faillissement kan leiden), zal iedere aarzeling schade opleveren. Deze schade is niet op de schuldenaar te verhalen omdat het geheel aan de schuldeiser is van zijn rechten al dan niet gebruik te maken: de schuldenaar staat daarbuiten.

<sup>118</sup> Zoals bijvoorbeeld in de gevallen van HR 10 maart 1933, NJ 1933, 804 en HR 16 november 1956, NJ 1957, 1.



### 3.3 ONDERSCHIEDING VAN VERBINTENISSEN NAAR PRESTATIE

Verbintenissen kunnen op vele wijzen onderscheiden worden. Een onderscheiding hebben wij hiervoor al gemaakt door uit te gaan van de enkelvoudige verbintenis, welke een enkele prestatie inhoudt, en die tegenover de zogenaamde samengestelde verbintenissen geplaatst kan worden, waar weliswaar één verbintenis bestaat die echter twee of meer prestaties tot inhoud heeft. Nu zullen wij een onderscheiding maken uitgaande van het voorwerp der verbintenis, dat wil zeggen datgene waartoe de schuldenaar verplicht is en de schuldeiser gerechtigd is, ofwel wij gaan uit van de prestatie.

Art. 1270 BW geeft aan dat de strekking van een verbintenis is om te geven, om te doen of om niet te doen. Bij de verbintenissen om niet te doen is de prestatie een negatieve, een nalaten of dulden, de schuldenaar mag iets niet, bijvoorbeeld geen muziek maken tijdens de nachtelijke uren, geen schutting hoger dan 2.10 meter plaatsen, of moet toestaan (= er niet tegen optreden) dat water geput wordt. Bij verbintenissen om te doen gaat het om een positieve prestatie, bijvoorbeeld om bouw materiaal te vervoeren of een huis te bouwen. De verbintenis om te geven bestaat weliswaar in een positieve handeling, maar is niet reeds begrepen onder de verbintenis om te doen. De wet scheidt beide soorten verbintenissen uitdrukkelijk door ze naast elkaar te stellen. De verbintenis om te geven heeft betrekking op het verschaffen van de eigendom, het bezit of het genot van een zaak. Alle andere positieve verbintenissen vormen de categorie van verbintenissen om te doen. Uit de omschrijving van de verbintenis om te geven blijkt al dat deze verbintenis zeer veel raakpunten vertoont met het zakenrecht, met name wanneer het de eigendoms- of bezitsoverdracht van een zaak betreft. Daarom lijkt het mij beter dit soort verbintenissen in hoofdstuk 4 te bespreken en hier slechts de verbintenissen om (niet) te doen en om het genot van een zaak te verschaffen (bijv. huur en pacht) aan de orde te laten komen.

#### 3.3.1 Verbintenissen om te doen

De verbintenissen om te doen<sup>119</sup> vormen de groep verbintenissen, waarbij de prestatie bestaat uit een positief handelen, dat niet bestaat in een verschaffen van eigendom, bezit of genot van een zaak. De belangrijkste splitsing die valt te maken is die in prestaties die door de handelende zelf verricht moeten worden en in onpersoonlijke prestaties waarbij ieder aan de verbintenis kan voldoen. Zo kan in het algemeen iedereen de schuld van een ander betalen (vgl. art. 1418 BW), terwijl het schrijven van een roman wel persoonsgebonden is.

Betreft het een persoonlijke prestatie zoals het schilderen van een portret, het schrijven van een boek, etc., dan is het onmogelijk om via reële executie datgene te verkrijgen wat de bedoeling was. Vgl. het adagium: "nemo praecise ad factum cogi potest", niemand kan recht-

<sup>119</sup> Oudere literatuur over de verbintenis om te doen: Diephuis VI, 1e druk, no. 62 e.v.; J.J. Loke, Handboek voor notarissen naar de Nederlandse wetgeving, Breda 1838, par. 90; J.Ph. Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e druk, 2e stuk, 1e gedeelte, 1934, no. 25.

streeks gedwongen worden om iets te doen.<sup>120</sup>

Bij de bespreking van het toestemmingsvereiste van art. 1356 BW is er al op gewezen dat de wil zich niet laat dwingen. Zou ik besluiten mijn portret te laten schilderen door Karel Appel omdat ik dan op mijn voordeligst naar voren kom en besluit Appel halverwege het penseel er bij neer te leggen, dan zou ik hem met de rechter kunnen dreigen, zodat hij besluit het werk alsnog af te ronden. Of hij met evenveel enthousiasme zijn werk vervolgt is twijfelachtig; net zo twijfelachtig is of het uiteindelijke resultaat aan mijn (uiteraard) hooggespannen verwachtingen blijkt te voldoen. Het begin waar intensief aan gewerkt is, kan worden gevolgd door een dag nauwelijks geconcentreerd werken om het portret zo snel mogelijk voltooid te hebben, zodat het karakteristieke van Appel onvoldoende tot uiting komt. Door de rechterlijke uitspraak mogelijk gemaakte directe dwang hoeft dus niet te leiden tot een optimale prestatie van de kunstenaar, hetzelfde geldt voor de dwang die uitgeoefend wordt door het opleggen van een dwangsom of het aanwenden van lijfswang. Ook de (financiële) dreiging de overeenkomst te laten ontbinden door de rechter heeft dit zelfde, niet optimale, effect. Een probleem is ook welke "deskundige" durft te verklaren dat de betreffende kunstenaar een prestatie heeft geleverd die duidelijk onder de maat is gebleven en zodoende wanprestatie heeft gepleegd, wanneer de kunstenaar zelf blijft volhouden dat hij het object naar zijn beste kunnen heeft uitgebeeld? Slechts in uitzonderingsgevallen zal deze conclusie van wanprestatie getrokken worden; meestal kan alleen maar gezegd worden dat dit werk niet het meest karakteristieke is ...

Kortom in de gevallen dat het een persoonlijke prestatie betreft staat de schuldeiser machteloos,<sup>121</sup> hoogstens kan hij troost vinden in de schadevergoeding die hij verkrijgt als de schuldenaar blijft weigeren aan zijn verplichting te voldoen of wanneer het resultaat duidelijk onder de maat is gebleven.

Het lijkt me juist dat de schuldenaar bij een persoonlijke prestatie niet gedwongen kan worden te voldoen aan zijn verbintenis doordat de rechter de schuldeiser zou machtigen om met de zweep in de hand de schuldenaar tot een grotere prestatiedrift aan te zetten. Anderzijds ben ik van mening dat in principe de schuldeiser er recht op heeft ook werkelijk datgene te verkrijgen wat afgesproken is. Bij het sluiten van een overeenkomst dienen partijen zich goed te realiseren wat zij afspreken: welke verplichtingen zij op zich nemen en welke rechten zij verkrijgen. Ook uit art. 1374 BW is dit af te leiden.

<sup>120</sup> Ook als het niet-persoonlijke prestaties betreft, moet het gebruik van fysieke dwang om tot nakoming te dwingen in strijd met onze rechtsopvatting geacht worden. Daarentegen zal in die gevallen de schuldeiser veelal alsnog het overeengekomene kunnen verkrijgen door een derde in te schakelen. De prestatie wordt dan echter niet verricht op grond van de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar, maar krachtens een nieuwe overeenkomst tussen schuldeiser en derde.

<sup>121</sup> Vgl. Pres. rb. Amsterdam 2 mei 1963, NJ 1963, 292 (Rudi Carrel); Pres. rb. Zwolle 21 maart 1983, KG 1983, 133 (vernietigd door Hof Amsterdam 16 januari 1984, welk arrest bekrachtigd is door HR 31 mei 1985, NJ 1985, 648); Pres. rb. Amsterdam 10 juli 1986, ongepubliceerd (Cats-Piet Veerman).

Duidelijk is dat bij intellectuele of artistieke prestaties de schuldeiser slechts kan hopen dat indirecte dwangmiddelen zo'n krachtige aansporing voor de schuldenaar vormen dat alsnog de verplichting nagekomen wordt. Gaat het echter om een halsstarrige weigering van de schuldenaar dan zal de schuldeiser zich erbij moeten neerleggen om of geen prestatie te ontvangen óf een prestatie die onder de oorspronkelijke verwachtingen blijft. Strafbaarstelling levert mijns inziens weinig op. Niet alleen is er een tendens te bespeuren strafbaarstelling te beperken,<sup>122</sup> ook zal een veroordeling door de strafrechter vrijwel geen effect sorteren. De schuldenaar zal verklaren dat hij de afgesproken intellectuele of artistieke prestatie wel wil leveren, maar dat hij het niet beter kan.

Bij de andere groep verbintenissen om te doen, waar het om een prestatie gaat die niet de persoon van de schuldenaar betreft, is de situatie voor de schuldeiser die niet krijgt waar hij recht op heeft, rooskleuriger. Hier zien we twee groepen gevallen. Allereerst is reele executie mogelijk wanneer het doen bestaat in een beweging die zich ook aan een zaak zou kunnen voltrekken, een beweging waarbij de mens niet als een denkend en willend subject is verondersteld: (vroeger) de verplichting voor schepelingen zich aan boord te begeven (art. 402 K oud)<sup>123</sup> en (naar geldend recht) de verplichting voor de uit de ouderlijke macht ontzette ouders om het kind aan de nieuwe wettelijke vertegenwoordigers af te geven (art. 925 Rv.).<sup>124</sup> Reele executie is ook mogelijk als de schuldeiser de prestatie buiten de schuldenaar om verkrijgt doordat een derde de prestatie levert. Of mijn huis geschilderd wordt door schildersbedrijf Witjes of De Wit, of mijn tuin wordt onderhouden door de firma Bloemenpracht of Bloemenweelde, het doet er weinig toe zolang het maar gebeurt. Weigert de ene firma zich aan de afspraak te houden dan kan ik met de Gouden Gids in de hand een andere firma benaderen. Het resultaat staat hier voorop en de uitvoerder is van minder belang. De weigerachtige firma pleegt wanprestatie en kan volgens de algemene beginselen behalve tot nakoming ook tot schadevergoeding worden veroordeeld. Zoals gezegd is reele executie mogelijk, want wanneer een derde presteert, verkrijgt de schuldeiser toch de door hem gewenste prestatie, ook al werkt de schuldenaar niet mee. Dat de realisatie van de beoogde prestatie niet op de oorspronkelijke overeenkomst berust, maar op een nieuwe overeenkomst met de derde, doet er niet aan af dat hier sprake is van reele executie.

De wet heeft aan dit soort verbintenissen zelfs een aparte wetsbepaling gewijd, art. 1277 BW, welk artikel aangeeft dat de schuldeiser door de rechter gemachtigd kan worden de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar. Meer over dit artikel in par. 3.3.3.

<sup>122</sup> Vgl. P.J.P. Tak, Heroverwegen is onontkoombaar, Trema " september 1982, blz. 168 e.v.

<sup>123</sup> Moltzer, PUG, blz. 8. Een tegenovergesteld geval blijkt uit HR 16 december 1983, NJ 1985, 311: bevel aan zeelieden werk te hervatten, etc., met machtiging om degene(n) die aan het bevel geen gehoor zal (zullen) geven met hun persoonlijke bezittingen van boord te verwijderen en aan de wal te brengen, zonodig met behulp van de sterke arm van politie en justitie

<sup>124</sup> Vgl. par. 6.5.1 en 8.12.2.

### 3.3.2 Verbintenissen om niet te doen

De verbintenis om niet te doen<sup>125</sup> betreft een nalaten of een dulden. Nalaten betekent dat de schuldeiser zich moet onthouden van handelingen die hij anders zou mogen verrichten, terwijl dulden het zich verzetten tegen handelingen van de schuldeiser die hij anders had mogen beletten verbiedt. Zo kan worden afgesproken dat een schutting niet hoger dan tot 2.10 meter zal worden opgetrokken of dat ik via de paden van mijn buurman mijn volkstuintje kan bereiken. Zou de buurman de afspraak schenden door aanstalten te maken een rode bakstenen muur tot een hoogte van 2.50 meter op te trekken als erfscheiding of door mij niet op zijn grond toe te laten, dan kan ik in een gerechtelijke procedure om nakoming vragen en de buurman-schuldenaar laten veroordelen de te hoge bakstenen muur niet op te trekken c.q. toe te laten dat ik zijn paden betreed, zodat hij mij niet langer de toegang weigeren mag.

Veelal zal het hier vorderingen betreffen die een machtiging voor de toekomst inhouden, zodat wanneer de schuldenaar toch zal handelen, met behulp van de sterke arm hiertegen kan worden opgetreden. Bijvoorbeeld: Mijn buurman heeft zich bij de overeenkomst verplicht in de blinde muur, waaraan mijn tuin grenst, geen ramen te maken. In strijd met de overeenkomst doet hij dit toch. Ik kan mij dan door de rechter laten machtigen om door een metselaar vanuit mijn tuin de ramen te laten dichtmetselen, waarna ik op de buurman het bedrag dat ik aan de metselaar moest betalen, kan verhalen. In sommige gevallen is deze bevoegdheid echter illusoir. Bijv. de belofte een geheim niet te verraden. Een ander voorbeeld biedt de uitspraak van Pres. rb. Roermond 28 juni 1984, KG 1984, 207 waar sprake was van een bij voortduring dreigende onrechtmatige daad (i.c. verstoren van de orde en/of zaakschade veroorzaken op een camping) zodat de opgelegde dwangsommen, die niet geëxecuteerd konden worden wegens onvermogen en daarom geen prikkel tot nakoming vormden, niet vervangen konden worden door de sanctie dat de eiser zelf de naleving van het vonnis zou kunnen effectueren, desnoods met behulp van de sterke arm.

Betreft het een feitelijk handelen als het niet bouwen, dan zal weliswaar de eerste steen al gelegd zijn wanneer wordt ingegrepen, maar daarna kan verder bouwen worden voorkomen, terwijl de eerste steen zelfs weggehaald kan worden. Dat reeds vanaf het veroordelend vonnis een agent voortdurend toezicht zal houden dat niet gebouwd wordt, lijkt me echter onwaarschijnlijk. Pas als de schuldenaar zijn verplichting heeft geschonden c.q. daadwerkelijk dreigt te schenden is het inroepen van politiehulp mogelijk.

In andere gevallen is het feitelijk handelen niet meer terug te draaien. Staat in het huurcontract van een appartement in een flatgebouw dat de vuilstortcontainer slechts tussen 8.00 en 23.00 uur gebruikt mag worden ten einde de nachtrust niet te verstoren, dan is het gebruik van de vuilstortkoker rond het middernachtelijk uur niet meer teniet te doen. Ook hier is het ondoenlijk tussen 23.00 en 8.00 uur de vuilstortkoker te laten bewaken door de sterke arm teneinde gebruik ervan te voorkomen. Hier kan hoogstens schadevergoeding uitkomst brengen, gesteld dat de overtreder te achterhalen is. Overigens bevatten vele huurcontracten bepalingen aangaande het tegengaan van geluidsoverlast

<sup>125</sup> Vgl. de oudere literatuur genoemd in de noot bij het begin van par. 3.3.1.

(te denken valt aan popmuziek, vertrekkend bezoek, lopen met klompschoenen op parketvloer en gebruik van boormachines). Een dwangsom is hier de te kiezen uitweg.

Gaat het om het nalaten van een rechtshandeling dan moet onderscheiden worden of de rechtshandeling derdenwerking heeft of niet. Gaat het om een rechtshandeling die uitsluitend tussen de betrokkenen geldt, is bijvoorbeeld getuigenbewijs uitgesloten, dan betekent niet mogen tevens niet kunnen en moet de rechter het door de getuigen geleverde bewijs buiten beschouwing laten.<sup>126</sup> Anders is het echter als bij de overeenkomst ook derden betrokken zijn. Belooft A aan B zijn huis niet te verkopen voordat deze in de gelegenheid gesteld is het aan te kopen, maar wordt het huis direct aan C verkocht en geleverd, dan is dit niet meer ongedaan te maken en is C eigenaar geworden.<sup>127</sup> Verbond cabaretier D zich niet op te treden in Carre op 15 september, dan is dat niet meer ongedaan te maken. Schadevergoeding is de enige oplossing.

De vraag rijst of degene die zich verplicht heeft tot een niet doen, belet kan worden (desnoods met behulp van de sterke arm) om deze verplichting te overtreden. Kan cabaretier D (met behulp van de politie) belet worden in Carre op te treden? In de wet vinden we geen bepaling die een duidelijk antwoord geeft. Veelal wordt dit wel mogelijk geacht. Daarbij wordt gewezen op de algemene bewoordingen van art. 430 Rv. of op het beginsel dat een veroordeling tot nakoming zo mogelijk steeds kan worden afgedwongen, ook zonder uitdrukkelijke rechterlijke machtiging.<sup>128</sup> Anderen<sup>129</sup> eisen een rechterlijke machtiging, omdat wanneer de eiser zonder meer bevoegd zou zijn inbreuken met feitelijke dwang tegen te gaan, dit eigenrichting oplevert en tot ongewenste resultaten kan leiden. Hoewel daarbij geen aandacht besteed wordt aan de gevallen dat er geen rechterlijke uitspraak, maar slechts een afspraak tussen partijen bestaat, meen ik dat het zojuist opgemerkte in de visie van deze schrijvers ook op die gevallen zal slaan. Een minderheid van de schrijvers verwerpt de mogelijkheid van een preventief optreden omdat de wet hieromtrent geen regeling bevat.<sup>130</sup> Hoewel ik onderken dat het in sommige situaties gewenst kan zijn dat de rechter een machtiging moet verlenen, omdat hij vaak beter kan overzien welke consequenties kunnen voortvloeien uit de bevoegdheid van de eiser om de verboden gedraging te beletten met behulp van de deurwaarder en de politie, wil ik dit niet als hoofdregel voorop stellen. Ik zou de opvatting van eerstgenoemde groep schrijvers die tot een bevestigende beantwoording van de vraag komen, willen ondersteunen. Niet alleen acht ik hun motivering overtuigend, ook wil ik erop wijzen dat het soms onmogelijk zal zijn nog een rechterlijke machtiging te verkrijgen. Het is ook onnodig. Is er een veroordeling om niet te doen,

<sup>126</sup> Zie voor een voorbeeld dat een niet mogen herroepen een niet kunnen inhield: HR 19 december 1969, NJ 1970, 154 (Lindeboom - Gemeente Amsterdam)

<sup>127</sup> Gesteld dat C te goeder trouw is. Anders is herstel in de oude toestand mogelijk, vgl. par 3.6.

<sup>128</sup> Asser-Rutten I, blz. 162; Van Rossem-Cleveringa, art. 430 aant. 6; Star Busmann-Rutten, no. 414.

<sup>129</sup> Molengraaff, blz. 11; Van Nispen, no. 12; Pitlo-Bolweg, blz. 14.

<sup>130</sup> Hugenholtz, WPNR 3505 (1937), blz. 93-94; E.M. Meijers-J.Th. Vermeulen, Het kort geding, tweede druk, Zwolle 1967, blz. 233; vgl. ook Pres. rb. Amsterdam 31 januari 1938, NJ 1939, 429 en Hof Arnhem 8 november 1938, NJ 1939, 383.

dan verleent de rechter een executoriale titel. Wil hij tenuitvoerlegging in alle mogelijke gevallen voorkomen, dan moet hij in de uitspraak een beperking opnemen. Gaat het om een afspraak tussen partijen, dan zal daaraan de hand gehouden moeten worden. Het lijkt me ongewenst dat eerst iets afgesproken wordt en dat wanneer later blijkt dat dit voor een van de betrokkenen minder goed uitkomt, deze de afspraak zonder meer terzijde kan schuiven. Laat hij de rechter maar om een declaratoire uitspraak vragen, waarin uitgemaakt is dat het vasthouden aan de afspraak van partijen door de wederpartij onrechtmatig is. Behalve bij rechtshandelingen waar geen derden bij betrokken zijn, gaat het bij verbintenissen om niet te doen in feite om een voortdurende verplichting waarvan de nakoming in feite niet meer geest kan worden wanneer inbreuk is gemaakt op deze verplichting. Zoals bij de verbintenissen om te doen aan de rechter een machtiging gevraagd kan worden om op kosten van de schuldenaar de verbintenis te doen uitvoeren, zo verleent art. 1276 BW de mogelijkheid dat de rechter de schuldeiser machtigt het gedane teniet te doen op kosten van de schuldenaar. Dat art. 1276 BW een beperkt toepassingsgebied kent, te weten stoffelijke goederen, zal in de paragraaf hieronder blijken: het verraden van een geheim is niet meer op grond van dit artikel teniet te doen.

### 3.3.3 De artikelen 1275, 1276 en 1277 BW

In art. 1275 BW<sup>131</sup> is het adagium "nemo praecise ad factum cogi potest" in positieve zin geformuleerd. Dit artikel is overgenomen uit de Code Civil waar het als artikel 1142 voorkomt. Daarbij is teruggeslagen op de door Pothier ontwikkelde ideeën.<sup>132</sup> Het artikel houdt in dat bij een verbintenis om te doen of niet te doen de schuldenaar niet gedwongen kan worden de prestatie zelf te verrichten, maar dat bij weigerachtigheid van de schuldenaar om te presteren de verbintenis zich oplost in schadevergoeding. Grond van de bepaling zou de eerbied voor de individuele vrijheid van iedere Nederlandse burger hem door de Grondwet gewaarborgd zijn.<sup>133</sup>

Dat door dit artikel de mogelijkheid om nakoming te vorderen uitgesloten zou worden en slechts schadevergoeding gevraagd kan worden, lijkt me niet juist.<sup>134</sup> Zolang de nakoming mogelijk is moet deze gevorderd kunnen worden; het afdwingen van nakoming is iets geheel anders. Deze afdwingbaarheid wordt met name uitgesloten voorzover het gaat om hoogstpersoonlijke prestaties en bedoeld is dat de schuldeiser geen fysieke dwang mag aanwenden. Overigens, ook als het niet-

<sup>131</sup> Literatuur uit de vorige/begin deze eeuw: J.P.A.N. Caroli, *Contempt of court*, Themis 1900, blz. 567 e.v.; H.L. Drucker, *Bescherming van rechten, die niet op geld waardeerbaar zijn*, RM 1892, blz. 223 e.v.; Opzoomer, V, blz. 84 e.v.; Praeadviezen NJV 1900 van W.L.P.A. Molengraaff en W.Th.C. van Doorn; PUG 1883; Suyling, no. 25.

<sup>132</sup> *Traite des obligations*, no. 156-168.

<sup>133</sup> Drucker, blz. 225-226; Rb. Amsterdam 18 maart 1863, W 2493.

<sup>134</sup> Van Nispen, no. 21; Pitlo-Bolweg, blz. 45; Rb. Amsterdam 2 maart 1875, W 3871; HR 23 juni 1899, W 7302; HR 12 november 1914, NJ 1915, 98; HR 18 december 1931, NJ 1932, 769; HR 21 december 1956, NJ 1957, 126.

persoonlijke prestaties betreft, moet het gebruik van fysieke dwang om tot nakoming te dwingen in strijd met onze rechtsopvatting geacht worden. Daarentegen moet het wel mogelijk geacht worden dat de schuldeiser alsnog de overeengekomen prestatie verkrijgt doordat hij een derde inschakelt. De prestatie wordt dan echter niet verricht op grond van de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar maar krachtens de nieuwe overeenkomst schuldeiser-derde. Of dit het standpunt van de wetgever uit de vorige eeuw geweest is, valt te betwijfelen.<sup>135</sup> Ook in 1900 was niet iedereen de bovenbedoelde opvatting toegedaan. Caroli merkt op blz. 576 bitter op: "Hoe achterlijk onze wetgeving is ten aanzien van de hier behandelde punten, is duidelijk genoeg. En de lieden der praktijk gevoelen die achterlijkheid schier elken dag. Onder leken zelfs is het al reeds een vrij goed bekend argument: hij "maakt" me toch niets, want hij kan niets anders dan schadevergoeding vragen en zijn schade moet hij dan maar eens bewijzen." Mijns inziens is de bepaling na HR 23 juni 1899, W 7302, juist de grondslag voor de nakomingsactie: men is in de eerste plaats gehouden om zijn verplichting na te komen, maar komt men niet na, dat lost die verplichting zich op in een tot het betalen van schadevergoeding in geld.

Op art. 1275 volgen twee artikelen die inhouden dat de schuldeiser voor de verbintenis om (niet) te doen (art. 1276) en om te doen (art. 1277) aan de rechter kan vragen gemachtigd te worden om datgene wat in strijd met de verbintenis om (niet) te doen verricht is te doen vernietigen, dan wel voor het geval de schuldenaar niet aan de verbintenis om te doen heeft voldaan deze te doen uitvoeren.<sup>136</sup> Hier blijkt direct een verschil tussen beide bepalingen. Waar art. 1277 BW alleen op verbintenissen om te doen kan slaan, kan art. 1276 BW betrekking hebben op hetzij een verbintenis om te doen, hetzij een verbintenis om niet te doen. Is afgesproken dat een houten schutting op de afscheiding geplaatst zal worden (een verplichting om te doen) en verrijst er een stenen muur dan kan op grond van art. 1276 BW de stenen muur afgebroken worden (en ex art. 1277 BW een houten schutting worden neergezet). Is afgesproken om geen schutting te plaatsen (een verplichting om niet te doen) en verrijst er toch een afscheiding, dan kan op grond van art. 1276 BW de amotie volgen.

Uit de bewoordingen van art. 1276 "Niettemin ..." en 1277 "De schuldeiser kan ook ..." blijkt dat deze artikelen in samenhang met art. 1275 BW gelezen moeten worden.

Tegenwoordig lezen we deze drie bepalingen aldus dat het zo vanzelfsprekend is dat, wanneer een bevoegdheid verleend wordt die bevoegdheid ook uitgeoefend kan worden, zodat niet apart een wetsbepaling opgenomen hoeft te worden om dit tot uiting te brengen. Is die bevoegdheid niet feitelijk te verwezenlijken, dan is het nodig een oplossing te geven. Die oplossing is hier te vinden in art. 1275 BW: schadevergoeding. Om geen misverstanden te laten ontstaan werden de artt. 1276 en 1277 BW opgenomen: in die gevallen hoeft de schuldeiser

<sup>135</sup> Zie de opmerkingen van Nicolai gemaakt op 26 januari 1825 over de artt. 1275-1277 BW, te vinden bij Voorduin V, blz. 20 en Noordziek VII, blz. 23 e.v.

<sup>136</sup> Een beperking tot een feitelijk (niet) doen valt noch in de bepalingen zelf, noch in de op de artt. 1275 e.v. BW betrekking hebbende parlementaire stukken te lezen. Vgl. Caroli, Themis 1900, blz. 574 en Hofmann-Van Opstall, blz. 170. Zie echter ook Hof 's-Gravenhage 27 februari 1893, W 6464.

geen genoeg te nemen met schadevergoeding als hij op andere wijze de overeengekomen prestatie kan verkrijgen. De artt. 1276 en 1277 BW zijn dan te beschouwen als uitwerkingen van de ongeschreven hoofdregel, terwijl art. 1275 BW is op te vatten als uitzondering.<sup>137</sup> Nicolai c.s. zullen in 1825 art. 1275 BW als hoofdregel hebben opgevat en de artt. 1276 en 1277 BW als uitzonderingen op deze hoofdregel gezien hebben. Deze opvatting bouwde voort op de Franse rechtsleer ten aanzien van de artt. 1142-1144 Code Civil, waarvan deze bepalingen een vertaling vormen. Ook in België en Frankrijk ziet men deze oude hoofdregel inmiddels als uitzondering en is de uitzondering tot hoofdregel geworden.<sup>138</sup>

De artt. 1276 en 1277 BW verschaffen de schuldeiser een belangrijk voordeel. Natuurlijk kan hij zonder rechterlijke machtiging de oude toestand herstellen c.q. de verbintenis doen uitvoeren door of zelf de handen uit de mouwen te steken of een derde de werkzaamheden te laten verrichten en de kosten in rekening te brengen bij de schuldenaar.<sup>139</sup> De schuldeiser zal er soms zelfs goed aan doen direct op te treden, met name om de door de wanprestatie veroorzaakte schade te beperken. Ook dan hebben wij te maken met reële executie: de schuldeiser verkrijgt buiten de schuldenaar om datgene waar hij recht op heeft; de grens met de vordering tot schadevergoeding zal echter soms moeilijk te trekken zijn.

Een voorbeeld ter toelichting, aansluitend bij HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 en de rechtsvragenrubriek van WPNR 5254 en 5272 (1974). Door een uitzonderlijk zware storm wordt een oude beuk in de tuin van A ontworteld en komt deze terecht op het dak van het huis en in de bijbehorende tuin van buurman B. Om met de reparatie van de woning te kunnen beginnen en om de in de woning gevallen gaten te kunnen afdekken tegen inregenen moet de boom direct verwijderd worden. Dit verwijderen blijkt een vrij kostbare aangelegenheid te zijn en de vraag rijst of B van A kan eisen dat deze de boom laat weghalen. Er van uitgaande dat A geen schuld heeft aan het omvallen van de beuk, lijkt me dat het weghalen van de boom bij wijze van schadevergoeding in natura niet mogelijk is: art. 1401 BW eist schuld voor aansprakelijkheid tot schadevergoeding. Echter er bestaat een oplossing via een andere weg. Omdat het in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt zou zijn wanneer A de omgevallen boom niet uit de tuin van B zou laten verwijderen, kan B van de ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting nakoming vorderen via een rechterlijk bevel ex art. 1401 BW. Zou A niet nakomen, dan pleegt hij een onrechtmatige daad en is hij tot schadevergoeding verplicht. In dit geval zal het gaan om de verwijderingskosten verminderd met de

<sup>137</sup> Drucker, blz. 225; Moltzer, PUG en diss., blz. 298 e.v.; Philips, blz. 57 e.v.

<sup>138</sup> Zie hieronder par. 9.4.

<sup>139</sup> Rb. Amsterdam 3 maart 1913, NJ 1913, 751; Rb. Roermond 6 maart 1913, NJ 1913, 1013, Hof 's-Gravenhage 21 juni 1915, W 9903; HR 4 februari 1927, NJ 1927, 664; Rb. Amsterdam 10 november 1933, W 12789; Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1946, NJ 1947, 635; HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478; Asser-Rutten I, blz. 161; Van Brakel I, par. 33; Hofmann-Van Opstall, blz. 169; Pitlo-Bolweg, blz. 46; Star Busmann-Rutten, no. 414. Anders: Rb. Dordrecht 24 april 1918, NJ 1918, 1215; Rb. Dordrecht 18 oktober 1922, NJ 1923, 570; Rb. 's-Gravenhage 29 juni 1948, NJ 1948, 483 (reparatie zonder dwingende noodzaak).



opbrengst van de boom.

Anderzijds is het vorderingsrecht van B zodanig geïndividualiseerd en geconcretiseerd dat de zorgvuldigheidsverplichting als een verbintenis te beschouwen is.<sup>140</sup> Op grond van art. 1277 BW kan B door de rechter gemachtigd worden om tot verwijdering van de beuk over te gaan op kosten van A. In principe kan een dergelijke machtiging in een geding gevorderd worden. In de gevallen hierboven genoemd was dat gezien de bijzondere feitelijke omstandigheden niet mogelijk en werd direct met de verwijdering begonnen.

In het arrest van 1982 zegt de HR dat degene die, zonder de weg van art. 1277 BW te volgen, op eigen kosten doet uitvoeren hetgeen een ander die daartoe jegens hem gehouden is, onrechtmatig nalaat, aldus niet zijn recht op schadevergoeding verliest, doch slechts het gevaar loopt dat zijn wederpartij terecht kan betogen dat deze kosten geheel of gedeeltelijk onnodig zijn gemaakt. Hiermee is, in overeenstemming met de heersende opvatting, buiten twijfel gesteld, dat het ontbreken van een rechterlijke machtiging niet in de weg staat aan de ontvanke-lijkheid van een vordering tot schadevergoeding tot het beloop van de door de schuldeiser gemaakte kosten.

Doordat de maatschappelijke zorgvuldigheid als basis voor de onrecht-matigheid genomen is, kan ook de buurman die een persoonlijk recht als huurder en geen zakelijk recht als eigenaar heeft op dezelfde bescherming aanspraak maken als de eigenaar/bezitter.

Men kan hier overigens twifelen of het nog wel reële executie betreft. Bij zo'n verbintenis om te doen verkrijgt de schuldeiser niet de uitvoe-ring door deze schuldenaar, bij zo'n verbintenis om niet te doen bete-kent reële executie (in enge zin) dat men kan voorkomen dat het ver-bodene geschiedt, terwijl in de praktijk slechts ongedaan gemaakt wordt wat in strijd met de verbintenis geschied is. Naar mijn mening moet in dergelijke gevallen wel van reële executie gesproken worden, want de schuldeiser verschafft zich uiteindelijk, buiten de schuldenaar om, het resultaat dat hij zich had voorgesteld.

Zonder uitdrukkelijke machtiging tot het verrichten van bepaalde han-delingen kunnen zich problemen voordoen voor de schuldeiser. Aller-eerst mist deze schuldeiser verschillende bevoegdheden. Zo zal hij zich moeten houden aan het bekende art. 461 Sr. (verboden toegang voor onbevoegden) en mag hij de grond van de schuldenaar niet eigen-machtig betreden.<sup>141</sup> De ontruiming van onroerend goed is dan nage-noeg onmogelijk. Ook kan hij niet de hulp van de sterke arm inroepen. Wel optreden zou eigenrichting inhouden.

Daarnaast kan blijken dat de schuldeiser iets te enthousiast geweest is en dat de rechter van mening is dat hij niet juist gehandeld heeft. Stel er bestaat een afspraak tussen twee burens dat de schutting niet hoger dan 2 meter opgetrokken mag worden. Wanneer A terugkeert van vakantie, heeft B op eigen kosten op de plaats van de oude schutting een geheel nieuwe laten bouwen, die (volgens A) 2 meter 15 cm hoog is. A begint direct de schutting te slopen, ondanks luide protesten

<sup>140</sup> Vgl. Eggens, o.a. WPNR 2784 (1923), blz. 238-239, WPNR 4159 (1950), blz. 455 rk. en Schoordijk o.a. WPNR 4810 (1964), blz. 190 en zijn rede De verbintenis uit de wet, Deventer 1968, blz. 19.

<sup>141</sup> Vgl. HR 17 februari 1967, NJ 1968, 101: niet valt in te zien waar-om eiser, indien gedaagde in gebreke blijft, bij het gebruik maken van de machtiging niet het land van gedaagde zou mogen betreden.

van B. Later blijkt dat A zijn tuinman opdracht had gegeven in zijn tuin de bovenste grondlaag van een halve meter af te graven en daarna op te hogen met 70 cm nieuwe aarde, maar dat de tuinman slechts 50 cm nieuwe aarde heeft gestort. Het risico ligt hier volledig bij A die schadevergoeding zal moeten betalen, danwel een nieuwe schutting zal moeten (laten) bouwen. Had A de rechter de machtiging als bedoeld in art. 1276 BW gevraagd, dan zou hij zonder risico gehandeld hebben, omdat de rechter al uitgemaakt zou hebben of B inderdaad de juridisch bindende afspraak geschonden had of niet.<sup>142</sup>

Staat in art. 1276 BW "heeft de schuldeiser het recht ...", art. 1277 BW zegt dat "de schuldeiser kan ...". Betekent dit dat de rechter in het eerste geval de machtiging hoe dan ook moet verlenen, terwijl het in het andere geval een discretionaire bevoegdheid zou betreffen?

Het lijkt mij dat de rechter in beide gevallen de machtiging niet zal behoeven te verlenen wanneer het verlenen van de machtiging aan de schuldenaar een nadeel zou berokkenen dat in geen verhouding staat met het voordeel van de schuldeiser. Zou de rechter niet de mogelijkheid hebben de gevraagde machtiging af te wijzen, dan rijst de vraag waarom de rechter ingeschakeld moet worden. Aan deze is immers een taak toegekend omdat de wetgever de schuldeiser niet heeft willen laten beslissen of de verbintenis ten koste van de schuldenaar uitgevoerd moet worden.

Dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft kan wat art. 1277 BW betreft niet afgeleid worden uit het gebruik van het woordje "kan". Dit woordje heeft betrekking op de schuldeiser en niet op de rechter. In tegenstelling tot de oudere literatuur<sup>143</sup> zijn de rechtspraak en de recentere literatuur<sup>144</sup> van mening dat het gaat om een discretionaire bevoegdheid. Het gaat hier om een volledige discretionaire bevoegdheid en niet om een beperkte: alle feiten en omstandigheden mogen een rol spelen in de rechterlijke oordeelsvorming.

Overigens zal de rechter de machtiging alleen mogen geven in het geval dat de schuldenaar in gebreke is. Voor art. 1276 BW is dit niet moeilijk, immers door de enkele overtreding van het gebod om niet te doen, is de schuldenaar in gebreke. Is het verbod nog niet overtreden en dreigt de schuldenaar dit ook niet te doen dan zal de rechter de schuldeiser in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaren, omdat het belang ontbreekt. In het geval van art. 1277 BW mag de rechter de machtiging verlenen indien de schuldenaar in gebreke is en voorwaardelijk in het geval de schuldenaar in de toekomst in gebreke zal zijn, bijvoorbeeld als wordt aangekondigd toch niet te zullen nakomen.<sup>145</sup>

<sup>142</sup> Zie ook HR 6 juni 1986, NJ 1986, 750 inzake verwijdering sparren en afrastering op al dan niet vermeende afscheiding.

<sup>143</sup> Diephuis, X, blz. 85; Van Doorn, blz. 126 e.v.; Drucker, blz. 227; Opzoomer, V, blz. 91; Molengraaff, blz. 9.

<sup>144</sup> Hof Amsterdam 31 januari 1896, W 6777; Rb. 's-Gravenhage 27 mei 1920, NJ 1920, 920 (t.a.v. art. 1276 BW); Hof 's-Hertogenbosch 25 april 1905, W 8237; Rb. 's-Gravenhage 24 mei 1927, NJ 1928, 990; Hof Arnhem 25 oktober 1933, NJ 1934, 189 en HR 8 november 1946, NJ 1947, 36 (t.a.v. art. 1277 BW). Asser-Rutten I, blz. 161; Hofmann-Van Opstall, blz. 168 neemt een beperkte discretionaire bevoegdheid aan; Pitlo-Bolweg, blz. 45. Zie ook Rb. Utrecht 18 december 1907, W 8985.

<sup>145</sup> Van elkaar dienen te worden onderscheiden de mogelijkheid om een rechterlijke machtiging te verkrijgen en de mogelijkheid dat de sterke arm preventief optreedt. De rechterlijke machtiging kan

Beide artikelen zijn van regeland recht, d.w.z. ze kunnen bij overeenkomst buiten toepassing verklaard worden.<sup>146</sup> Twee gevallen zijn denkbaar. Allereerst dat afgesproken wordt dat de schuldeiser ook zonder rechterlijke machtiging op kan treden. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat zelfs niet met rechterlijke machtiging de schuldeiser de in deze artikelen bedoelde bevoegdheden zal kunnen uitoefenen. In het eerst bedoelde geval zal, wanneer de overeenkomst geldig is, met name geen ongeoorloofde oorzaak heeft, dit de schuldeiser enig voordeel kunnen opleveren. Is de afspraak neergelegd in een authentieke akte, dan kan op grond van de grosse daarvan de hulp van de sterke arm worden ingeroepen en kunnen executiemaatregelen genomen worden om de kosten te verhalen.<sup>147</sup>

Van de vragen die rijzen zullen wij aan drie aandacht besteden.

Allereerst moeten wij ons afvragen wanneer de rechterlijke machtiging gevraagd kan worden. In de rechtspraak zijn de volgende opvattingen te onderscheiden:<sup>148</sup>

1. pas op het moment dat de schuldenaar niet aan een veroordeling voldoet;<sup>149</sup>

2. zodra de schuldenaar in gebreke is, dat wil zeggen wanneer de schuldenaar niet behoorlijk aan zijn verplichtingen voldoet;<sup>150</sup>

3. al voordat de reparatie is uitgevoerd kan een veroordeling gevraagd worden tot aan het bedrag dat de schuldeiser aan een derde schuldig zal worden.<sup>151</sup>

Deze laatste opvatting is mijns inziens het meest bevredigend, omdat de schuldeiser die niet in de positie is het benodigde bedrag voor de werkzaamheden voor te kunnen schieten, niet achter moet staan bij degene wiens financiële positie dit wel toelaat. De schuldenaar had de benodigde werkzaamheden moeten (laten) verrichten voordat de schuldeiser naar de rechter stapte en de schuldenaar mag niet profiteren van zijn nalatigheid via rentewinst, etc. Als de schuldeiser de rechter om machtiging vraagt zal moeten vaststaan dat de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen voldoet of dat er een sterke dreiging is dat niet voldaan zal worden. De rechter kan dit nagaan en wanneer overhaast om machtiging gevraagd wordt de vordering afwijzen.

De tweede vraag is wat de gevolgen van het niet vragen van de rechterlijke machtiging zijn. Ook hier zien wij verschillende meningen naast elkaar staan:

1. er bestaat geen enkel verhaal van de schuldeiser op de schuldenaar;<sup>152</sup>

---

immers onder bepaalde voorwaarden of onder een tijdsbepaling verleend worden. Vgl. Hof Arnhem 8 november 1938, NJ 1939, 383 en Meijers-Vermeulen blz. 233.

<sup>146</sup> Hof Amsterdam 10 juni 1898, W 7185.

<sup>147</sup> Asser-Rutten I, blz. 161; Hofmann-Van Opstall, blz. 170; Pitlo-Bolweg, blz. 46. Zie hierover ook hoofdstuk 7 "De notariële akte basis voor reële executie?"

<sup>148</sup> Vgl. losbladige Kluwer-editie Huurrecht, aant. 3a op art. 1623j.

<sup>149</sup> Rb. Arnhem 6 januari 1927, W 11629; Rb. Arnhem 11 april 1929, W 12023.

<sup>150</sup> Hof Amsterdam 18 november 1921, NJ 1923, 249; Hof Arnhem 14 juli 1927, NJ 1928, 683; Rb. Amsterdam 22 oktober 1940, NJ 1940, 994.

<sup>151</sup> Gerecht in eerste aanleg Aruba, 25 maart 1957, NJ 1958, 584.

<sup>152</sup> Rb. Dordrecht 24 april 1918, NJ 1918, 1215; Rb. Dordrecht 18 oktober 1922, NJ 1923, 570; Ktg. Amsterdam 11 augustus 1942, NJ

2. gaat het om een geval van eigenmachtige reparatie, dan is verhaal mogelijk wanneer het gaat om een dringend noodzakelijke reparatie mits deze niet kon worden uitgesteld in verband met het behoud van de zaak;<sup>153</sup>

3. op grond van wanprestatie kan de schuldeiser schadevergoeding verkrijgen;<sup>154</sup>

4. de terugvordering kan op zaakwaarneming gebaseerd worden.<sup>155</sup>

Opvatting 4 lijkt me na HR 4 maart 1955, NJ 1955, 301 niet meer te handhaven, nu zaakwaarneming vrijwillig dient te geschieden. Opvatting 2 lijkt me te eng en ik kies voor opvatting 3. Aangezien de vordering ex art. 1277 BW en de vordering op grond van wanprestatie naast elkaar staan, zal het niet meer gebruik kunnen maken van de vordering ex art. 1277 BW niet tot gevolg kunnen hebben dat de vordering op grond van wanprestatie niet meer geldend te maken is.

De derde vraag die naar voren komt is of de rechter in de machtiging kan bepalen dat de woning van de schuldenaar kan worden betreden, zelfs tegen diens wil? Met Van Opstall<sup>156</sup> ben ik de mening toegedaan dat dit niet mogelijk is. Art. 12 GW. acht het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner alleen geoorloofd in de gevallen bij de wet bepaald. Noch art. 1276 noch art. 1277 BW doen in hun bewoordingen ervan blijken dat de wetgever de bedoeling gehad heeft hier een inbreuk op het huisrecht te maken. In beide artikelen zien wij algemene bewoordingen, terwijl m.i. art. 12 GW een uitdrukkelijke wetsbepaling eist. Alleen wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling als art. 124 Rv. of art. 444 Rv. die mogelijkheid opent, kan een inbreuk op art. 12 GW worden geaccepteerd. De wetten van 31 augustus 1853, Stb. 83 tot verzekering der uitvoering van sommige voorschriften van plaatselijke verordeningen en van 21 juli 1890, Stb. 127 ter verzekering van bij de wet bevolen of toegelaten vrijheidsbeneming bieden hier geen oplossing omdat hun strekking geheel anders is.

In ieder geval kan de grosse van het vonnis van machtiging wel als executoriale titel dienen om de door de schuldeiser in redelijkheid gemaakte kosten op de schuldenaar te verhalen. Zou de schuldenaar deze bevoegdheid in een notariële akte hebben verleend dan geldt hetzelfde.<sup>157</sup> Art. 438 Rv. geeft de schuldenaar een middel in handen

---

1943, 442; Ktg. 's-Gravenhage 13 april 1942, PRG 395; Asser-Kamphuisen, Bijzondere Overeenkomsten, 1e druk, Zwolle 1947, blz. 226, Opzoomer VIII, blz. 281; Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, vierde deel, boek III, titel 1-4, 2e druk herzien door jhr. mr. W.H. de Savornin Lohman, Haarlem 1907, blz. 20.

<sup>153</sup> Ktg. Sneek 20 augustus 1947, NJ 1948, 323; Rb. 's-Gravenhage 29 juni 1948, NJ 1948, 483; Rb. 's-Gravenhage 26 april 1949, NJ 1950, 189; Ktg. Amersfoort 27 juli 1950, NJ 1950, 759; Asser-Kamphuisen, 2e druk, Zwolle 1950, blz. 228.

<sup>154</sup> Rb. Amsterdam 3 maart 1913, NJ 1913, 751; Rb. Roermond 6 maart 1913, NJ 1913, 1013; Rb. Amsterdam 10 november 1933, W 12789; Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1946, NJ 1947, 635; Asser-Losecaat Vermeer, blz. 164; Asser-Rutten I, blz. 161-162; S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, derde druk, Zwolle 1948, I, par. 32 en 33; Pitlo-Bolweg, blz. 46.

<sup>155</sup> Rb. Haarlem 21 februari 1928, W 11879; Ktg. Haarlem 7 juni 1946, NJ 1947, 665.

<sup>156</sup> Hofmann-Van Opstall, blz. 168.

<sup>157</sup> De Bruijn, blz. 80.

voor het geval de schuldeiser op grond van het vonnis of de akte een te hoog bedrag als kosten wil verhalen: de president van de rechtbank zal in kort geding een oordeel moeten vellen. Uit HR 8 november 1946, NJ 1947, 36<sup>158</sup> is af te leiden dat de machtiging als bedoeld in de artt. 1276 en 1277 BW in een dagvaardingsprocedure verkregen moet worden. Dit is de hoofdregel van art. 1 lid 1 Rv., terwijl de schuldeiser op grond van de machtiging executiebevoegdheden ten opzichte van de schuldenaar verkrijgt. Op te treden via de verzoekschriftprocedure lijkt mij niet mogelijk.<sup>159</sup>

De artt. 1276 en 1277 BW houden in feite rechtsvorderingen tot reële executie in. Of de beide bepalingen hier wel op hun plaats zijn valt te betwijfelen. Bij de behandeling van boek 3 titel 11 NBW in par. 10.2 zal uitgebreid aandacht besteed worden aan de vraag waar de bepalingen aangaande de reële executie een plaats behoren te vinden: in het Burgerlijk Wetboek of in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Duidelijk is in ieder geval dat de verhouding tussen materieel burgerlijk recht en formeel burgerlijk recht ten aanzien van de rechtsvordering niet scherp aan te geven is.

### 3.4 BESTAAN ER AAN REELE EXECUTIE VERWANTE RECHTSFIGUREN?

We kunnen ons afvragen of er rechtsfiguren bestaan die te vergelijken zijn met c.q. een species vormen van de regeling van de reële executie? Ons recht kent een groot aantal rechtsfiguren. Het is ondoenlijk om van al deze vormen aan te geven of al dan niet punten van overeenkomst met de regeling van de reële executie bestaan, vooral ook omdat soms direct duidelijk is dat een dergelijke parallel niet te trekken valt. Zo heeft kwijtschelding (art. 1474 e.v. BW) weinig met de reële executie te maken, omdat wanneer de schuldeiser de schuld van zijn schuldenaar kwijtscheldt hij juist niet krijgt waar hij recht op heeft. Bij de vraag die wij ons hierboven gesteld hebben, moeten wij steeds nagaan of het resultaat is dat de schuldeiser direct buiten de schuldenaar om krijgt waar hij recht op heeft. Bij één rechtsfiguur blijkt dit het geval te zijn: compensatie.

Compensatie<sup>160</sup> of schuldvergelijking (ook wel verrekening genoemd) is een wijze van tenietgaan van verbintenissen -en wel het over en weer tenietgaan van schulden-, welke het gevolg is van de omstandigheid dat twee personen elkaars schuldenaar zijn.

Regelmatig komt het voor dat twee personen een geldvordering op elkaar hebben. In dit soort gevallen is het doelmatiger de schulden met gesloten beurzen te verrekenen, dan dat over en weer betaald wordt. De schulden gaan dan teniet en wel over het geheel als de beide

<sup>158</sup> Zie ook kantongerecht Winschoten 17 november 1959, NJ 1960, 344. Al eerder: Diephuis VI, no. 69.

<sup>159</sup> Uitgebreider: Van Rossem-Cleveringa, aant. 4 op art. 1 Rv. Zie ook de literatuur genoemd in de tweede noot bij par. 3.5.2.1.

<sup>160</sup> Artt. 1461 e.v. BW. Asser-Rutten I, blz. 416 e.v.; J.H. Bybau, De werking der schuldvergelijking, diss. RU Leiden 1912; Van Brakel I, par. 149 e.v.; Hofmann-Drion-Wiersma, blz. 370 e.v.; A.P.A. de Klerk-Leenen, Compensatie, studiepocket privaatrecht nr. 20, Zwolle 1979; Pitlo-Bolweg, blz. 401 e.v. Zie ook Ch. Harpum, Specific Performance with Compensation as a Purchasers's Remedy, Cambridge Law Journal 1981, blz. 47 e.v.

schulden even groot zijn en in andere gevallen voor het bedrag van de geringste schuld.

Niet alleen is compensatie van belang voor het vereenvoudigen van het betalingsverkeer, bovendien wordt een waarborg geschapen dat aan de verbintenis wordt voldaan. Zeker in het geval dat de financiële positie van een der schuldenaren niet rooskleurig is of wanneer het gaat om een querulant zal dit van belang zijn. Immers de compensatie werkt van rechtswege,<sup>161</sup> dat wil zeggen zonder dat er een beroep op gedaan behoeft te worden en zonder dat de wederpartij zich er tegen kan verzetten. Is aan de vereisten genoemd in de artt. 1461 en 1463 BW voldaan,<sup>162</sup> dan krijgt de schuldeiser buiten de schuldenaar om waar hij recht op heeft, zodat we kunnen zeggen dat de band tussen compensatie enerzijds en reële executie anderzijds heel nauw is. Aangezien compensatie ook ingeroepen kan worden tegen de schuldenaar die wel wil nakomen, is schuldvergelijking niet als indirect dwangmiddel bedoeld. Schuldvergelijking bedoelt allereerst om twee elkaar opheffende handelingen als onnodige economische krachtsverspilling overbodig te doen zijn, maar ook -daarnaast- de schuldeiser de macht te geven zichzelf (zonodig zonder overheidsingrijpen) aan het hem toekomende te helpen.<sup>163</sup>

Dat de schuldeiser krijgt waar hij recht op heeft, blijkt nog duidelijker wanneer o.g.v. de artt. 53 jo 130 F compensatie ook mogelijk is wanneer de vordering op de gefailleerde niet direct opeisbaar is en niet voor dadelijke vereffening vatbaar is, of wanneer partijen overeengekomen zijn dat compensatie plaats zal kunnen hebben zonder dat aan de in art. 1463 BW gestelde eisen is voldaan.

Bijzondere vormen van compensatie zijn de zogenaamde rekening-courantverhouding,<sup>164</sup> de gedwongen schuldverrekening (vgl. par. 5.3) en de vergoedingsrechten uit het huwelijksvermogensrecht (par.

<sup>161</sup> Vgl. art. 1462 BW. Net zo: Asser-Rutten I, blz. 418; Van Brakel I, par. 151 e.v., speciaal blz. 203. Anders met een beroep op de artt. 1466, 1467, 1468 en 1471 BW: Hofmann-Drion-Wiersma, blz. 371 e.v.; Pitlo-Bolweg, blz. 403 e.v.; Van Vrijberghe de Coningh, RM Themis 1956, blz. 617 in een bespreking van Asser-Rutten. Een geheel eigen opvatting heeft Bybau, terwijl de leer van de HR onduidelijk is. De historie (art. 1462 BW is afgeleid van art. 1290 CC waarin de opvattingen van Pothier, *Traite des obligations*, no. 635 en Domat, *Lois Civiles*, lère Partie, Livre IV, tit. II, sect. I, no. 4 neergelegd zijn, die uitdrukkelijk kozen voor de compensatie van rechtswege) en de duidelijke bewoordingen van art. 1462 BW, waar zelfs 'buiten weten der schuldenaren' geschreven is, zorgen ervoor dat mijns inziens geen misverstand mogelijk is.

<sup>162</sup> Is compensatie niet mogelijk omdat de prestaties die jegens elkaar verricht dienen te worden verschillend zijn, dan biedt eigenbeslag soms een oplossing. De schuldeiser legt beslag onder zichzelf. Het huidige Rv. kent in de artt. 757a e.v. slechts conservatoir eigenbeslag. De (nog niet ingevoerde) wet van 7 mei 1986, Stb. 295 maakt in de artt. 479h-479k NRv ook executoir eigenbeslag mogelijk, terwijl art. 724 NRv. het conservatoir eigenbeslag zal inhouden. Vgl. Oudelaar, par. 85 en 129.

<sup>163</sup> Vgl. E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk recht*, deel 1, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden 1948, blz. 40.

<sup>164</sup> Asser-Rutten I, blz. 438 e.v.; F.H.J. Mijnssen, *De rekening-courantverhouding*, studiepockets privaatrecht nr. 19, Zwolle 1979.

### 3.5 REELE EXECUTIE BIJ ENIGE BENOEMDE OVEREENKOMSTEN

Nadat de reele executie in het verbintenissenrecht hierboven in haar algemeenheid aan een beschouwing onderworpen is, wil ik nu nagaan in hoeverre er een regeling bestaat bij enige bijzondere overeenkomsten, de zogenaamde benoemde overeenkomsten. Dit zijn de overeenkomsten waarvoor de wetgever een nadere regeling wenselijk heeft geacht, omdat hij meende dat hier niet volstaan kon worden met de algemene regeling als gegeven in de artt. 1269 e.v. BW (vgl. art. 1355 BW). Hoewel de traditie ook een rol gespeeld heeft, kunnen wij zeggen dat de overeenkomsten die in de praktijk het belangrijkste zijn, een nadere regeling in de wet gekregen hebben.

#### 3.5.1 Koop en verkoop

De koopovereenkomst<sup>165</sup> kunnen wij omschrijven als de overeenkomst waarbij de een, de verkoper, zich verbindt een zaak te geven en de ander, de koper, om daarvoor een prijs in geld te betalen (vgl. art. 7:1.1.1 NBW).

Waar de eerste vijf afdelingen van de vijfde titel van boek IV voor ons geen interessante aspecten bevatten, vinden wij deze in de in 1936 ingevoegde zesde afdeling over de (ver)koop op afbetaling des te meer en wel in de tweede paragraaf: de huurkoop.<sup>166</sup>

Koop op afbetaling is de koopovereenkomst van roerend goed, waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, waarvan er tenminste twee verschijnen, nadat de koper de zaak in zijn feitelijke macht verkregen heeft (art. 1576 leden 1 en 3 BW). De tweede paragraaf, de artt. 1576h e.v. BW die handelen over een speciaal geval van koop op afbetaling: de huurkoop, bevat artikelen die in nauw verband staan met de regeling van de reele executie. Onder huurkoop moeten wij volgens art. 1576h lid 1 BW verstaan de (ver)koop op afbetaling waarbij partijen overeenkomen dat de verkochte zaak niet door enkele overdracht in eigendom van de koper overgaat. Meestal geldt het eigendomsvoorbehoud totdat de laatste termijn betaald is. Via de leden 2 en 3 wordt de regeling van de huurkoopovereenkomst ook toepasselijk op vergelijkbare overeenkomsten. Zoals uit de plaats in het wetboek blijkt is huurkoop een species van de koopovereenkomst en niet een bijzondere vorm van de huurovereenkomst.

De artt. 1576r, 1576w en 1576x BW zullen wij nader bezien.

Art. 1576r zegt dat de verkoper een rechterlijk bevel tot teruggave bij voorraad kan verkrijgen wanneer hij ontbinding van de overeenkomst of teruggave van de in huurkoop overgedragen zaak vordert en hij

<sup>165</sup> Art. 1493 e.v. BW; Asser-Schut; Pitlo-Wolffensperger, blz. 1 e.v.; R. Overeem, Consumentenkoop, serie Bijzondere contracten 4A, Groningen 1975.

<sup>166</sup> Overeem, blz. 148 e.v.; Pitlo-Wolffensperger, blz. 59 e.v.; P. Stoffels, Huurkoop en krediet aan de consument, serie Recht en Praktijk no. 8, Deventer 1974.

redelijk belang bij onmiddellijke voorziening aannemelijk heeft kunnen maken. Dit rechterlijk bevel is reeel executabel; met dit bevel kan de schuldeiser, zonodig met behulp van de sterke arm, de zaak terugkrijgen.<sup>167</sup> De artt. 1576w en 1576x BW zijn procedurele regels en hadden beter opgenomen kunnen worden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bij de regels m.b.t. de procedure in huurkoopgeschillen: de artt. 125g e.v. Rv. Duidelijk blijkt hier dat dankzij de rechterlijke machtiging de verkoper/schuldeiser geheel onafhankelijk van de koper/schuldenaar kan optreden om de overgedragen zaak terug te ontvangen. De artt. 490a e.v. Rv. regelen de tenuitvoerlegging van het rechterlijk bevel.

Hier moet kort de Tijdelijke Wet huurkoop onroerend goed 1973<sup>168</sup> genoemd worden, aangezien deze wet in direct verband staat met de regeling van het BW. In het volgende hoofdstuk, bij de levering van onroerend goed, zal nader op deze wet worden ingegaan, maar hier mag al vermeld worden dat in art. 4 van deze wet aan zowel de huurkoper als de huurverkoper de bevoegdheid wordt gegeven om de akte van huurkoop c.q. de rechterlijke uitspraak houdende schriftelijke vastlegging van de huurkoopovereenkomst, te doen overschrijven in de openbare registers als bedoeld in art. 671 BW.

### 3 5 2 Huur en verhuur

Huur<sup>169</sup> is de overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt aan de andere het genot van een zaak te verschaffen, gedurende een bepaalde tijd, tegen een bepaalde prijs, welke de laatste aanneemt te zullen betalen (vgl. art. 1584 lid 1 BW).

Art. 1586 sub 1o BW bepaalt dat de verhuurder het verhuurde aan de huurder moet leveren en wel in goede staat (art. 1587 lid 1 BW). Door de enkele afspraak ontstaat een huurovereenkomst waarbij de huurder recht op het gehuurde heeft. Het betreft hier een verbintenis om te geven. De verhuurder zal het genot van het gehuurde af moeten staan aan de huurder. Het gehuurde kan bestaan in woonruimte, een vervoermiddel, gereedschap, etc. Dit betekent dat als een kamer verhuurd is, de huurder in de gelegenheid gesteld moet worden om die kamer te bereiken, zodat een sleutel verstrekt moet worden, het slot

<sup>167</sup> Zie over de verhouding tussen het bevel ex art. 1576r BW tot teruggave bij voorraad van de betrokken goederen en het -na dat bevel- door de wederpartij gelegde conservatoire beslag op diezelfde goederen: Pres. rb. Haarlem 10 juli 1986, KG 1986, 331.

<sup>168</sup> Wetsontwerp 11.277 resulterend in de wet van 21 juni 1973, Stb. 289. Zie ook A. L. Croes, Hoe tijdelijk is de tijdelijke wet huurkoop onroerend goed? WPNR 5579-5581 (1981); W.M. Kleijn, Enige aspecten van huurkoop van onroerend goed, BR 1975, blz. 51 e.v. Zie ook: Wet huurkoop teboekstaande binnenschepen, wet van 27 juni 1985, Stb. 364, waarbij o.a. de artt. 765a-765m opgenomen werden in het Wetboek van Koophandel.

<sup>169</sup> Artt. 1584 e.v. BW; Asser-Abas, no. 1 e.v.; F.F.X. Cerutti, Een ontwerp-regeling, 1964, blz. 41 e.v.; Pitlo-Wolffensperger, blz. 89 e.v.; J. de Mol, Huurrecht, 2e druk, 1980 en de artikelsgewijze toelichting van H. van den Heuvel in de losbladige Kluwer-editie Huurrecht.



niet veranderd mag worden en geen beroep gedaan kan worden op art. 12 GW (het huisrecht). In het volgende hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de vraag op welke wijze de (ver)huurder krijgt waar hij recht op heeft als het ontruiming van het gehuurde betreft (par. 4.3). In art. 1586 sub 2o BW vinden wij de verplichting van de verhuurder het verhuurde goed te onderhouden, welke verplichting in het volgende artikel, art. 1587 BW, nader is uitgewerkt. Blijft de verhuurder in gebreke, dan staan voor de huurder een aantal mogelijkheden open, die in de praktijk niet alle even reeel zijn (o.a. de ontbinding van de overeenkomst en de actie tot schadevergoeding) en waarmee de huurder niet krijgt wat hij wenst: reparatie. Art. 1277 BW biedt hem echter de mogelijkheid toch te krijgen waar hij recht op heeft: na rechterlijke machtiging kan de huurder de benodigde reparaties (laten) uitvoeren op kosten van de verhuurder. Uiteraard zal de rechter niet steeds de machtiging verlenen. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Roermondse rechtbankpresident van 14 maart 1985, KG 1985, 100. Een beroep op de artt. 1586 en 1587 BW kan neerkomen op misbruik van recht als het betreft het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan een verkrot pand, terwijl voor vervangende woonruimte tegen een redelijke huurprijs gezorgd kan worden. Bovendien is art. 1277 BW niet van dwingend recht en kan dus in het huurcontract uitgesloten worden.<sup>170</sup>

In twee gevallen is de wetgever verder gegaan door een speciale bepaling op te nemen. Zo geldt voor woonruimte in de zin van art. 1623a BW de bepaling van art. 1623j BW en voor de zogenaamde "1624 BW" bedrijfsruimte het bepaalde in art. 1634 BW.<sup>171</sup>

### 3.5.2.1 De artt. 1623j en 1634 BW

In de gevallen van art. 1586 sub 2 jo 1587 BW zal de compensatie niet voorkomen. Allereerst wordt in de meeste huurcontracten een beroep op compensatie uitgesloten om te voorkomen dat de huurder bijvoorbeeld de gehuurde woning laat schilderen wanneer hij dat nodig vindt, om daarna de kosten van de huurprijs af te trekken. Daarnaast is het de vraag in welke mate de kosten te vereffenen zijn, omdat bijvoorbeeld de reparatie te groots en te kostbaar opgezet was. Via de artt. 1623j en 1634 BW verkrijgt de huurder een aanmerkelijk gunstiger positie, omdat deze artikelen inhouden dat, ongeacht enig andersluidend beding, tegelijkertijd met de machtiging de (kanton)rechter kan bepalen dat de door de huurder gemaakte kosten gecompenseerd kunnen worden en tot welk bedrag, met de huurprijs. De in huurcontracten opgenomen bepalingen die deze compensatie verbieden zijn in zoverre nietig. Beide artikelen zijn ontleend aan art. 26a Huurwet. Grondslag is de gedachte dat het hier gaat om gevallen dat de rechter

<sup>170</sup> Het geval dat de verhuurder tegen de wil van de huurder reparaties wil verrichten of bepaalde voorzieningen wil aanbrengen in de verhuurde woning, maar de huurder daar geen prijs op stelt en zijn medewerking weigert is besproken in BR 1985, blz. 514 e.v. door C.A. Adriaansens en A.T. Bolt, De gedoogplicht van de huurder.

<sup>171</sup> Asser-Abas, no. 21, 23, 224 en 317; De Mol, blz. 29-31, 116, 239-240, 250, 347, 357 en 380; Pitlo-Wolffensperger, blz. 97, 98 en 154.

de huurder gemachtigd heeft reparaties of onderhoud te (laten) verrichten, terwijl de verhuurder voor deze werkzaamheden had moeten zorgdragen. De rechter heeft dus al uitgemaakt dat de aanspraak van de huurder gerechtvaardigd is. De kosten die de verhuurder had moeten betalen worden dan in feite voorgeschoten door de huurder. In deze gevallen is het billijk dat de huurder dan het door hem voorgeschoten bedrag mag compenseren met de te betalen huur.<sup>172</sup>

De artikelen 1623j en 1634 BW zijn naar de tekst identiek. Er wordt niet gesproken over de rechter verzoeken en dat betekent, mede gezien de verwijzing naar artikel 1277 BW, dat de gewenste machtiging bij dagvaarding<sup>173</sup> gevraagd moet worden.<sup>174</sup> Uit de wetsgeschiedenis van art. 1634 BW<sup>175</sup> kan afgeleid worden -het is echter de vraag of dit ook mag worden afgeleid- dat de rechter compensatie van de kosten met de huurprijs geheel of gedeeltelijk kan uitsluiten als het huurcontract die compensatie niet uitsluit. Art. 26a Huurwet is steeds verdedigd met het argument dat de rechter moet kunnen bepalen dat compensatie met de huurprijs geheel of gedeeltelijk mogelijk moet zijn ondanks een in het huurcontract opgenomen bepaling welke compensatie met de huurprijs niet toelaat.<sup>176</sup> Nu zal het aantal gevallen waar de rechter de compensatie (gedeeltelijk) uitsluit waar partijen dit niet deden, wel heel gering zijn, mogelijkserwijze zal de rechter dit nimmer doen, zodat dit verschil met art. 26a van de Huurwet nauwelijks relevant te achten is. Ik meen dat de bepalingen zo gelezen moeten worden dat als het huurcontract niets bepaalt de huurder zal mogen compenseren, tenzij de rechter compensatie ongeoorloofd acht. Overigens is het wel zo dat de verhuurder die zijn onderhoudsplicht verwaarloost hiermee weinig riskeert wanneer de huurder niet in staat is de kosten (en van het aanhangig maken van de procedure en van de werkzaam-

<sup>172</sup> Vgl. wetsontwerp 8875, nr. 6, MvA, blz. 11 (resultierend in de wet van 28 januari 1971, Stb. 544).

<sup>173</sup> Vgl. A.P. Funke, NJB 1971, blz. 681 e.v., speciaal blz. 689; V.d. Heuvel, aant. 5 ad art. 1634 BW; De Mol, blz. 380; W.A.P. Smit, Huurrecht bedrijfsruimten, 2e herziene druk, Deventer 1980, blz. 140, Rechtsvordering art. 125w-125x, aant. 3, art. 429b, aant. 25 en 26; Wetsontwerp 14 249, stuk nr. 11 (Nadere Memorie van Antwoord), blz. 19 (resultierend in de wet van 21 juni 1979, Stb. 330).

<sup>174</sup> N.b. Een voorafgaande ingebrekestelling is niet nodig, (vgl. wetsontwerp 14.249, stuk nr. 22, Nadere MvA, blz. 19), al zal het veelal wel aan te bevelen zijn de verhuurder (bij aangetekende brief) op de hoogte te brengen van de klachten, zonodig onder het stellen van een termijn om aan zijn verplichtingen te voldoen. Anders zou de verhuurder op de terechtzitting naar voren kunnen brengen niet van de klachten op de hoogte te zijn en deze spoedig te willen verhelpen, wat betekent dat de huurder in de kosten van het geding veroordeeld zal worden, nu deze kosten onnodig gemaakt zijn (vgl. art. 56 Rv.).

<sup>175</sup> Wetsontwerp 8875 resultierend in de wet van 28 januari 1971, Stb. 44. Vgl. V.d. Heuvel, art. 1634 aant. 2; De Mol, blz. 357; Nieskens en V.d. Put in NJB 1978, blz. 695 e.v.; G.J. Scholten in zijn noot onder HR 30 juni 1978, NJ 1978, 693 en P.A. Stein in zijn noot onder hetzelfde arrest in AAe 1978, blz. 650 e.v.

<sup>176</sup> Wetsontwerp 3042, 14e verg. d.d. 4 november 1951, Handelingen blz. 3046 e.v. speciaal blz. 3060, resultierend in de wet van 24 december 1953, Stb. 580.

heden) voor te schieten. Zelfs de artt. 1277, 1623j en 1634 BW bieden dan geen mogelijkheid. De huurder die zijn huur niet op tijd betaalt riskeert echter uitzetting! Bedacht moet ook worden dat de verhuurder er een te respecteren belang bij kan hebben dat de huurder de kosten voorschiet om daarna dit bedrag over een aantal maanden gespreid in mindering te brengen op de huurprijs. Niet alle verhuurders hebben geld als water. In zo'n geval kan er reden zijn voor een rechterlijke betalingsregeling.

Bij de bespreking van art. 1277 BW zijn de vragen "wanneer kan machtiging gevraagd worden" en "wat zijn de gevolgen van het niet vragen van de machtiging" beantwoord. De daar gegeven resultaten wijken m.i. niet af voor het huurrecht, zodat daarnaar verwezen kan worden.

Jurisprudentie aangaande art. 1623j BW is er nauwelijks,<sup>177</sup> terwijl het kaartsysteem voor art. 1634 BW in de tekst zoals deze geldt vanaf 1971 slechts HR 30 juni 1978 NJ 1978, 693 vermeldt, een uitspraak waar dit artikel slechts zijdelings aan de orde kwam en waarbij het ging om erkenning van de exceptio non adimpleti contractus. De meeste vragen worden dan ook opgelost aan de hand van de jurisprudentie aangaande art. 26a Huurwet.

Het eenvoudigste is het voor de huurder om te zorgen dat er een bepaling in het huurcontract wordt opgenomen waarin het volgende is bepaald: "Indien verhuurder met het verhelpen van gebreken als bedoeld in het vorige artikel (dat handelt over alle zichtbare en onzichtbare gebreken die het gebruik van de woning verhinderen of ernstig belemmeren) na ingebrekestelling nalatig blijft, kan huurder deze gebreken zelf (doen) verhelpen en de daarvoor gemaakte kosten, voorzover deze redelijk waren, op verhuurder verhalen bijvoorbeeld door deze op de huurprijs in mindering te brengen". Een dergelijke bepaling komt ook voor in een modelhuurcontract voor zelfstandige woonruimte opgesteld door o.a. de Consumentenbond. De kans dat huurcontracten een dergelijke bepaling bevatten is echter gering te achten omdat huurcontracten doorgaans van verhuurderszijde worden opgesteld ...<sup>178</sup>

### 3.5.2.2 De Huurwet

Een groot deel van de regels die nu te vinden zijn in het Burgerlijk Wetboek (met name de artt. 1623a e.v. en 1624 e.v. BW) waren vroeger te vinden in de Huurwet 1950,<sup>179</sup> welke wet de huurprijzen van onroerend goed de bescherming van de huurders moest regelen. Inmiddels is het toepassingsgebied van deze wet sterk verminderd (zie art. 1 van deze wet). De wet geldt nog slechts voor:

a. gebouwd onroerend goed dat een zelfstandige bedrijfsruimte vormt en dat niet begrepen is onder de bedrijfsruimten als bedoeld in art. 1624 BW, en

<sup>177</sup> Ktg. 's-Gravenhage 12 februari 1985, Rechtshulp 1985 no. 8, blz. 56.

<sup>178</sup> Ook art. 1623t BW inzake woningruil kan opgevat worden als een voorbeeld van reële executie op grond van de wet. Vgl. Ktg. Eindhoven 28 maart 1984, NJ 1985, 130.

<sup>179</sup> Vgl. De Mol, blz. 76 e.v.; Pitlo-Wolffensperger, blz. 90 e.v.

b. voor "gebouwen" zonder meer, voorzover dit gebouw niet woonruimte of 1624 BW-bedrijfsruimte is.<sup>180</sup>

Bij wet van 24 december 1953, Stb. 580, is in de Huurwet art. 26a opgenomen doordat de minster van wederopbouw en volkshuisvesting een amendement Bommer c.s. overnam.<sup>181</sup> Deze bepaling is de voorloper van de artt. 1623j en 1634 BW en art. 26 Pachtwet 1958. Bij letterlijke lezing van art. 26a Huurwet zou men kunnen menen dat als het huurcontract compensatie niet uitsluit, alleen maar gecompenseerd zou kunnen worden als de rechter dit bepaalt. M.i. is dit echter niet de bedoeling van het amendement geweest.

De artt. 28a en 29 Huurwet maken duidelijk dat bij algemene maatregel van bestuur noch bij overeenkomst kan worden afgeweken, zodat hier sprake is van dwingend recht. Bepalingen in de huurovereenkomst die anders luiden moeten voor niet geschreven gehouden worden en zijn krachteloos. Op grond van art. 27 lid 2 Huurwet is het gemakkelijk een procedure te starten om de gewenste machtiging te verkrijgen: bij de griffie moet een verzoekschrift ingediend worden waarbij de kantonrechter gevraagd wordt een dag te bepalen waarop de zaak ter terechtzitting zal worden behandeld.

### 3.5.3 Pacht

In nauw verband met de huurovereenkomst staat de pachtovereenkomst.<sup>182</sup> Pacht is immers globaal gezegd: de overeenkomst die betreft het huren van land (vgl. art. 1 lid 1 sub d Pachtwet), een overeenkomst die oorspronkelijk geregeld werd in de artt. 1624-1636 BW. Daarnaast golden de artt. 1586-1616 die betrekking hadden op de verhuur van huizen en landerijen. De hier gegeven regeling voldeed echter niet en na 1886 zien wij verschillende commissies die proberen tot een verbeterde wettelijke regeling te komen. Pas het ontwerp 1935 zou, met de nodige wijzigingen, tot wet verheven worden: de Pachtwet van 31 mei 1937, Stb. 205, die in werking trad op 1 november 1938. De Pachtwet 1937 heeft slechts zeer kort gegolden, namelijk tot 25 november 1941, de dag dat het Pachtbesluit<sup>183</sup> in werking trad.

<sup>180</sup> Zie Ktg. Leiden 18 februari 1981, PRG 1589.

<sup>181</sup> Zie V.d. Heuvel, par. 24 aant. 2a over de eerste wijziging van de Huurwet en de verplichting tot onderhoud. Zie over dit artikel ook De Mol, blz. 115-116, 219, 239-240 en 250. In de editie Schuurman en Jordens van de Huurwet is de toelichting op het amendement opgenomen, blz. 181-182.

<sup>182</sup> Vgl. Asser-Brunner, blz. 323 e.v.; P. de Haan, Pachtrecht; Houwing-Rombach, De Pachtwet, losbladige uitgave, Kluwer Deventer; S. Leeuwrik, De pachtwet in de praktijk, 's-Gravenhage 1979; Pitlo-Wolffensperger, blz. 162 e.v.; D.L. Rodrigues Lopes, Pacht, Deventer 1980.

<sup>183</sup> Zie over de periode 1838-1937: I.B. Cohen, De pachtwet, Haarlem 1937, blz. 11-64; Asser-Brunner, no. 1. Zie over de Pachtwet 1937: Cohen, a.w. en G. de Grooth, Het pachtrecht, 's-Gravenhage 1937. Zie over het Pachtbesluit 1941: jhr. C.M.O. van Nispen tot Sevenaer en jhr. F.J.M. van Nispen tot Sevenaer, Pachtrecht in Crisistijd, serie Publiek- en privaatrecht 23A. Zwolle 1941. De tekst van het Pachtbesluit is te vinden in Verordeningblad 1941, no. 215.

Het Pachtbesluit is op 1 mei 1958 vervangen door de Pachtwet van 23 januari 1958, Stb. 37, die grotendeels op de vervangen regeling voortbouwt.

### 3.5.3.1 Art. 26 Pachtwet

Hierboven is al art. 26 lid 2 Pw<sup>184</sup> genoemd als inspiratiebron voor de artt. 26a Hw, 1623j en 1634 BW. De tekst van dit artikel gaat terug op die van het regeringsontwerp 1929, zoals deze ook in het ontwerp 1935 luidde, art. 18: "Blijft de verpachter na schriftelijke aanmaning van den pachter in gebreke deze verplichting<sup>185</sup> na te komen, dan is de pachter bevoegd de reparaties op kosten van den verpachter te doen verrichten en de daarvoor zijnerzijds gemaakte kosten met den pacht prijs te verrekenen". Uitdrukkelijk werd hier vastgesteld dat de pachter het recht had bij het ingebreke blijven van de verpachter zelf de reparaties te doen verrichten en de kosten te verrekenen. Op grond van art. 1277 BW had de pachter al de mogelijkheid dat de rechter hem machtigde de reparaties zelf te verrichten, maar nu werd buiten twiifel gesteld dat de pachter de reparaties zelf kon verrichten zonder rechterlijke machtiging. De regering meende dat deze bepaling niet tot moeilijkheden zou leiden. De pachter zou toch de verpachter schriftelijk moeten aanmanen en zou dan moeten opgeven wat gerepareerd zou moeten worden en wat de kosten ongeveer zouden zijn. De pachter zou ook niet rauwelijk kunnen dagvaarden om vervolgens zelf de gebreken te herstellen, want er zou een behoorlijke periode moeten bestaan om te kunnen constateren dat de verpachter in gebreke bleef. Aangezien het de noodzakelijke kosten betrof zou opdriving der uitgaven niet voorkomen, omdat op de pachter de bewijslast van de noodzakelijkheid der kosten zou rusten. Een aantal kamerleden had er echter bezwaar tegen dat, wanneer reparaties aangebracht moesten worden, bij verschil van mening tussen pachter en verpachter de pachter die reparaties op eigen gelegenheid zou kunnen aanbrengen om daarna de verpachter de rekening te presenteren. Deze kamerleden kwamen met een amendement om in het tweede lid na "bevoegd" in te voegen: "na verkregen machtiging van den rechter, die den verpachter hoort". De minister koesterde bezwaren tegen het amendement. Er volgde een compromis waarbij het amendement zodanig werd gewijzigd dat de bevoegdheid tot verrekening vervangen werd door de bevoegdheid tot het vorderen van vergoeding voor de gemaakte kosten. Het amendement werd vervolgens zonder hoofdelijke stemming aanvaard. De pachter kon de gemaakte kosten dus niet verrekenen met de pacht. Ondanks zijn aanspraak op vergoeding moest de pachter de volle pachtsom voldoen op straffe van ingebreke te zijn, met alle gevolgen van dien. Pas nadat de rechter over de afzonderlijke vordering geoordeeld had, zou compensatie kunnen volgen. Zou de pachter zelf tot reparatie overgaan en later een vordering instellen, dan zou de pachter, in de gevallen dat de verpachter dit betwistte, moeten aantonen

<sup>184</sup> Asser-Brunner, no. 62, 66 en 67; De Haan, blz. 592 en 618; Houwing-Rombach, no. 375 e.v.; Leeuwrik, blz. 39; Rodriques Lopes, blz. 78 e.v.

<sup>185</sup> Te weten die van het eerste lid: alle noodzakelijke reparaties te doen met uitzondering van de geringe en dagelijksche, die volgens het plaatselijk gebruik ten laste van den pachter komen.

dat het een noodzakelijke reparatie betrof, waarvan de kosten niet lager konden zijn. De verpachter zou eventueel zijn niet-gehoudenheid moeten bewijzen.<sup>186</sup>

Terugkerend naar het verschil met art. 1277 BW zien wij dat de pachter bevoordeeld werd boven andere schuldeisers, aangezien art. 1277 BW een machtiging van de rechter veronderstelt, terwijl art. 18 Pachtwet 1937 aangeeft dat de pachter de reparaties al direct, zonder rechterlijke tussenkomst, kan uitvoeren.

De regeling die artikel 20 van het Pachtbesluit<sup>187</sup> gaf, kwam in belangrijke mate overeen met die van art. 18 Pachtwet 1937. Het was mogelijk geweest om af te wijken van art. 18 Pachtwet 1937 en dit werd nu uitdrukkelijk vastgelegd met de woorden "tenzij anders is overeengekomen". Dat in art. 20 Pb gezegd werd dat de reparaties op kosten van de verpachter verricht konden worden had geen inhoudelijke wijziging tot gevolg, aangezien uitsluitend de noodzakelijke kosten en niet meer vergoed konden worden. Hoewel niet uitdrukkelijk vermeld bleef compensatie uitgesloten tot dat de rechter dit mogelijk had gemaakt via zijn uitspraak. Dat de geringe en dagelijkse reparaties, welke het plaatselijke gebruik ten laste van de pachter brengt, door hem betaald moesten worden, was al opgenomen in art. 29 lid 1 Pachtwet 1937. Wel wijziging bracht de termijn van veertien dagen die aan de verpachter gegeven moest worden voordat de pachter zelf tot reparatie kon overgaan en dat de voorafgaande goedkeuring van de grondkamer nodig was.

Dan komen wij nu toe aan art. 26 Pw, het artikel dat nu geldt. Het belangrijkste verschilpunt met art. 20 lid 2 Pb en art. 18 lid 2 Pw 1937 is, dat het huidige art. 26 lid 2 niet langer een regel van aanvullend recht is<sup>188</sup> maar een regel van dwingend recht. Artikel 57 bepaalt dit uitdrukkelijk. De Memorie van Toelichting,<sup>189</sup> biz. 39 leert dat het tweede lid van art. 26 niet overbodig is naast art. 1277 BW, omdat het bepaalde in laatstgenoemd artikel van aanvullend recht is, terwijl art. 26 lid 2 Pw juist als een bepaling van dwingend recht ontworpen is.

Reële executie werd onder de controle van de pachtrechter gebracht en viel niet langer onder die van de grondkamer, omdat het hier een judiciele functie betreft. Te verdedigen valt een toetsing door de grondka-

<sup>186</sup> Vgl. Hof 's-Gravenhage 24 maart 1919, W 10438 voor huur.

<sup>187</sup> Art. 20 Pb luidde: (1)Tenzij anders is overeengekomen, is de verpachter gehouden aan het verpachte gedurende den pachtijd alle noodzakelijke reparaties te doen, met uitzondering van de geringe en dagelijksche, welke volgens het plaatselijk gebruik ten laste van den pachter komen.

(2) Komt de verpachter binnen veertien dagen na schriftelijke aanmaning van den pachter deze verplichting niet na, dan is de pachter bevoegd, na verkregen goedkeuring der Grondkamer, de reparaties zelf op kosten van den verpachter te doen verrichten.

<sup>188</sup> Vgl. Grondkamer Drenthe 17 december 1946, De Pacht no. 803; Grondkamer Drenthe 28 januari 1947, De Pacht no. 888; CG 17 november 1947, NJ 1948, 451; Grondkamer Limburg 12 juli 1948, De Pacht no. 1049; Grondkamer Zuid-Holland 21 oktober 1949, De Pacht no. 1175; CG 14 november 1949, De Pacht no. 1156.

<sup>189</sup> Wetsontwerp 3884, nr. 3 (uitmondend in de wet van 23 januari 1958, Stb. 37).

mer nu het een materie betreft die in het economisch vlak ligt.<sup>190</sup> Daarbij moet echter bedacht worden dat de machtiging verband houdt met de nakoming van de pachtovereenkomst door de verpachter. In casu gaat het om de in lid 1 opgelegde verplichting. Wordt deze verplichting niet nagekomen dan hebben wij te maken met een vorm van wanprestatie waarover de rechter dient te oordelen. De rechter kan de machtiging niet zonder meer verlenen. Eerst zal hij moeten nagaan tot welke reparaties de verpachter verplicht is<sup>191</sup> en in hoeverre deze met de uitvoering daarvan in gebreke is gebleven. Deze reparatieverplichting heeft, evenals vele andere bepalingen uit het burgerlijk recht, financiële consequenties. Al onder het Pachtbesluit besliste de Centrale Grondkamer bij uitspraak van 31 augustus 1942 (NJ 1942, 789) dat de pachtrechter geschillen aangaande reparatieverplichtingen diende te beslissen.

Wilde de minister aanvankelijk de termijn van veertien dagen die de verpachter na de aanmaning nog resten om zijn reparatieverplichting te voldoen, uitbreiden tot een maand, een deel van de kamer wilde deze termijn verlengd zien tot drie maanden en diende een daartoe strekkend amendement in. Uiteindelijk is de termijnvaststelling geheel vervallen, zodat de rechter na heeft te gaan of er een redelijke tijd aan de verpachter is gegund om herstelwerkzaamheden uit te voeren. In de Pachtwet 1937 en het Pachtbesluit werd de mogelijkheid van compensatie uitgesloten: de rechter diende over de tegenvordering te oordelen. Bij de derde Nota van Wijzigingen werd aan lid 2 de zinsnede toegevoegd dat de pachtkamer kan bepalen tot welk bedrag de pachter de gemaakte onkosten met de pacht prijs in vergelijking kan brengen, zodat het niet langer noodzakelijk is een aparte vordering in te stellen. Terecht ging men niet zo ver te bepalen dat bij wanprestatie van de verpachter de pachter zijn verplichting tot betaling van de pacht prijs kon opschorten, waarna het aan de verpachter zou zijn een procedure te beginnen. Voor compensatie is toch volgens art. 1463 BW nodig dat de vorderingen voor dadelijke vereffening en opeising vatbaar zijn, terwijl de vordering van de pachter dat niet is. De pachter moet aantonen dat de verpachter deze reparaties moet verrichten en daarmee in gebreke is en dat de schade het gevolg is van deze wanprestatie ofwel dat de reparaties noodzakelijk waren en dat de door de pachter gemaakte kosten noodzakelijk waren voor het herstel. Wel staat nu, evenals bij art. 26a Hw, vast dat het contractueel niet mogelijk is compensatie uit te sluiten.

In hoeverre derogeert art. 26 lid 2 Pw aan art. 1277 BW? Zoals wij gezien hebben is het laatste artikel regelend recht en het eerste artikel dwingend recht. De bevoegdheid die art. 26 lid 2 Pw verleent geldt alleen voor de pachter, niet voor de verpachter die moet terugvallen op het algemene artikel 1277 BW als de pachter nalatig blijft de voor pachters rekening komende reparaties uit te voeren. Uitsluitend de pachtrechter zal de machtiging ex art. 26 lid 2 Pw kunnen verle-

<sup>190</sup> Houwing, De Pacht 1949, blz. 322 e.v., speciaal blz. 332-334.

<sup>191</sup> Art. 26 lid 1 Pw is van regelend recht zodat partijen de omvang van de verplichtingen kunnen beperken of uitbreiden; strikt genomen is er dan geen sprake meer van "deze verplichtingen" waarover lid 2 spreekt, maar een zo letterlijke uitleg van deze bepaling zal wel niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, zodat lid 2 ook gelden zal voor contractueel vastgestelde onderhoudsverplichtingen.

nen. De president in kort geding zal wel de algemene machtiging ex art. 1277 BW kunnen verlenen, maar niet die ex art. 26 lid 2 Pw.<sup>192</sup> Is de pachter nu volledig gebonden aan art. 26 lid 2 Pw bij wanprestatie van de verpachter? Ik meen van niet. De hiergegeven regeling maakt geen inbreuk op andere bepalingen, zodat de pachter bevoegdheden als het recht op schadevergoeding, het recht op ontbinding en het recht op nakoming op verbeurte van een dwangsom blijft behouden. Ook blijft de mogelijkheid in stand om de reparaties zonder rechterlijke machtiging uit te voeren en om later de gemaakte kosten als schadevergoeding te vorderen. De pachter neemt wel een zeker risico wanneer hij op eigen kosten reparaties gaat verrichten waartoe hij de verpachter gehouden acht: de pachter maakt kosten aan de eigendom van een ander, kosten die niet vergoed zullen worden wanneer de noodzakelijkheid en de gerechtvaardigdheid van de hoogte van die kosten niet bewezen kunnen worden. Een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking zal niet slagen wanneer het bewijs van de noodzakelijkheid en de gerechtvaardigdheid niet geleverd kan worden; anders zou men anderenodeloos op kosten kunnen jagen. Ook in deze gevallen van repareren zonder rechterlijke machtiging zal compensatie niet mogelijk zijn nu de vordering niet voor dadelijke vereffening en opreiking vatbaar is. Dat de rechterlijke machtiging niet meer verleend kan worden wanneer de reparaties al verricht zijn, zal geen verwondering wekken.<sup>193</sup>

Steeds is gezegd dat machtiging verleend kan worden voor het zelf verrichten van reparaties. Welke die reparaties zijn is moeilijk in abstracto uit te maken. De rechter zal steeds in concreto moeten nagaan of het een geringe en dagelijkse reparatie is, die volgens plaatselijk gebruik ten laste van de pachter komt (vgl. art. 26 lid 1 Pw) en in hoeverre het nog een reparatie betreft en niet een vernieuwing is.<sup>194</sup> Ook is het mogelijk dat zich een reparatie voordoet die normaal voor rekening van de verpachter dient te komen, maar in casu het gevolg is van het niet door de pachter verrichten van voor zijn rekening komende (kleinere) reparaties.<sup>195</sup>

Een ander geval dat zich voor kan doen is de combinatie van een vervallen gebouw en een nog kort lopende pachtovereenkomst na afloop waarvan het gebouw gesloopt zal worden. In een dergelijk geval zal geen goedkeuring verleend worden voor reparatie op kosten van de verpachter. De pachter mag wel tot reparatie op eigen kosten overgaan, wat tot verlaging van de pacht kan leiden.<sup>196</sup> Uit Hof Arnhem 9 maart 1970 en 9 november 1970, beide De Pacht 2995, valt af te leiden dat de pachter niet tot persoonlijke medewerking aan de werkzaamheden verplicht kan worden als hij de rechterlijke machtiging vraagt. Wel kan hij vragen zelf met de werkzaamheden belast te worden.

<sup>192</sup> Hof Amsterdam 11 april 1967, NJ 1970, 88 vernietigend Pres. Rb. Alkmaar 19 oktober 1966, NJ 1967, 200.

<sup>193</sup> Grondkamer Zuid Holland 7 september 1945, De Pacht no. 887; CG 8 december 1947, NJ 1948, 604; CG 21 april 1958, NJ 1959, 259.

<sup>194</sup> Vgl. CG 14 juli 1947, NJ 1948, 151; Grondkamer Zuid-Holland 7 september 1947, De Pacht no. 887; CG 6 december 1954, De Pacht no. 1675; Ktg. Leiden 23 juni 1966, PRG 326.

<sup>195</sup> Vgl. Grondkamer Zuid-Holland 8 februari 1946, De Pacht no. 1172.

<sup>196</sup> Grondkamer Gelderland 6 oktober 1943, De Pacht no. 611; CG 14 december 1953, De Pacht no. 1564.



Moet de pachtrechter de door de pachter gevraagde machtiging verlenen of mag hij deze ook weigeren? Hierboven hebben wij gezien dat bij art. 1277 BW van zo'n verplichting geen sprake is. In art. 26 lid 2 Pw wordt het woordje "kan" gebruikt. Dit gebruik wijst op het bestaan van een discretionaire bevoegdheid voor de rechter. De verpachter zou immers als verweer kunnen aanvoeren dat de kosten in geen verhouding staan met de opbrengst of dat de reparatie tot de plichten van de pachter behoort. Als de machtiging zonder meer geweigerd of verleend moet worden, is het nutteloos de rechter in te schakelen. De rechter toetst en is geheel vrij in zijn keuze. Zo kan hij ook tot de conclusie komen dat er in het geheel geen reparatieplicht bestaat.<sup>197</sup> Bij de vraag of de pachter ontvankelijk is in zijn verzoek mag de rechter op grond van de wetstekst er alleen op letten of een redelijke termijn in acht genomen is nadat de verpachter aangemaand werd en of de verpachter inderdaad nalatig is gebleven in het uitvoeren van zijn verplichtingen.

Evenals bij een verzoek op grond van de artt. 26a Hw, 1623j en 1634 BW, doet de pachter er verstandig aan wanneer hij de rechter machtiging vraagt een prijsopgave van tenminste twee (bonafide) aannemers bij te voegen, opdat het de rechter direct duidelijk zal zijn dat de kosten niet te hoog zijn. Zou de pachter dit niet doen dan is het niet denkbeeldig dat de rechter de machtiging niet verleent en de pachter dit voordeel moet missen. In de machtiging zal de rechter aangeven welke de uit te voeren reparaties zijn en zal hij het bedrag van de daarvoor te maken kosten vaststellen. Tevens kan hij bepalen of de pachter de gemaakte kosten met de pacht prijs mag compenseren en zo ja tot welk bedrag. Het lijkt me dat wanneer de rechter dit niet uitdrukkelijk verbiedt compensatie mogelijk is.

### 3.5.3.2 Art. 30 Pachtwet

Op grond van de eerste leden van art. 30 Pw.<sup>198</sup> is schriftelijke toestemming van de wederpartij nodig voor het aanbrengen van veranderingen en verbeteringen. Hierdoor wordt bereikt dat de wederpartij een zekere controle krijgt en gevrijwaard wordt van zinloze verrichtingen, terwijl ook mogelijke misverstanden voorkomen worden. Om te voorkomen dat, voor het geval partijen niet tot overeenstemming kunnen of willen komen, veranderingen en verbeteringen die het algemeen landbouwbelang dienen geen doorgang kunnen vinden, is de mogelijkheid van een machtiging van de grondkamer die in de plaats treedt van de toestemming van partijen ingevoerd. De grondkamer verleent deze machtiging, wanneer het algemeen landbouwbelang gediend wordt en geen redelijk belang van de andere partij zich daartegen verzet. De eerste eis moet naar mijn mening zo opgevat kunnen worden dat het algemeen landbouwbelang niet geschaad wordt.<sup>199</sup> Ook de rechtspraak gaat van deze opvatting uit.<sup>200</sup> Ook hier zien wij weer dat de machti-

<sup>197</sup> Vgl. Grondkamer Zuid-Holland 8 februari 1946, De Pacht no. 1172.

<sup>198</sup> Vgl. Asser-Brunner, no. 93; De Haan, blz. 602 e.v.; Houwing-Rombach, no.'s 392 e.v.; Leeuwrik, blz. 42-43; Rodrigues Lopes, blz. 92 e.v.

<sup>199</sup> Net zo: Asser-Brunner, no. 93; Houwing-Rombach, no. 397.

<sup>200</sup> Zie de opsomming van de uitspraken vermeld bij Asser-Brunner,

ging slechts verleend kan worden wanneer de verandering of verbetering nog niet tot stand gebracht is. Het is niet mogelijk achteraf als nog te machtigen.<sup>201</sup> Vanzelfsprekend moet ook rekening gehouden worden met de belangen van de wederpartij.<sup>202</sup> Dat de machtiging aan de grondkamer en niet aan de pachtkamer gevraagd moet worden, is wetssystematisch gezien juist. De grondkamer houdt zich immers bezig met de administratieve uitvoering en let speciaal op de landbouwkundige kant. Hoewel de tekst suggereert dat de grondkamer de machtiging moet verlenen wanneer aan beide criteria is voldaan, biedt het toetsen aan deze ruime criteria voldoende mogelijkheden om de gevraagde machtiging te weigeren in de gevallen dat de grondkamer dit gewenst acht. Bovendien kan aan de gevraagde machtiging een voorwaarde worden verbonden, kan daarbij een last opgelegd worden en kan desgevraagd de pacht prijs herzien worden. Dit laatste is geïnspireerd op art. 18 lid 2 Pachtbesluit, nadat de Pachtwet 1937 hiervoor geen bevredigende regel gaf.

### 3.5.3.3 Het voorkeursrecht van de pachter

Op grond van de artt. 56a e.v. Pw bestaat er een wettelijk voorkeursrecht voor de pachter<sup>203</sup> om bij vervreemding van het verpachte als eerste te kopen (art. 56b Pw). Naast dit wettelijk voorkeursrecht kan een contractueel voorkeursrecht verleend worden. In de pachtovereenkomst wordt dan nog eens uitdrukkelijk afgesproken dat bij een eventuele verkoop door de verpachter of zijn erfgenamen de pachter een voorkeursrecht van koop heeft voor de in de overeenkomst vermelde percelen, bijv. tegen een door drie deskundigen vast te stellen grondprijs.

Schending van dit contractueel vastgelegde voorkeursrecht door een derde-verkrijger die op de hoogte is of had kunnen zijn van het voorkeursrecht, levert een onrechtmatige daad op, het is namelijk een schending van de zorgvuldigheid die jegens de pachter in acht had behoren te worden genomen. De pachter kan dan schadevergoeding vorderen, waarbij de rechter de derde niet tot betaling van een geldsom hoeft te veroordelen, maar hij kan ook een veroordeling uitspreken tot een andere prestatie waardoor de door de benadeelde geleden schade wordt opgeheven. I.c. zou de derde veroordeeld kunnen worden om tegen de door de grondkamer vast te stellen verkoopwaarde het verpachte over te dragen aan de gepasseerde pachter.

In uitspraken van 28 november 1968, 25 november 1969 en 30 juni 1970 heeft het Hof te 's-Hertogenbosch in een procedure tussen Bruurs, Haagen, Mengeot en Housiaux de lijn van de arresten van de Hoge Raad van 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (tante Bertha) en 17 november

---

no. 93 en Houwing-Rombach, no. 398a.

<sup>201</sup> Vgl. Grondkamer Drenthe 8 augustus 1960, De Pacht no. 2160; CG 21 januari 1963, De Pacht no. 2388.

<sup>202</sup> Vgl. CG 1 mei 1962, De Pacht no. 2336.

<sup>203</sup> Asser-Brunner, no. 73 e.v.; A.H.T. Heisterkamp, De schending van het voorkeursrecht van de pachter en de sancties tegen de derde-verkrijger, Agrarisch Recht 1985, blz. 2-13; Houwing, Overzicht van de rechtspraak in pachtzaken, Agrarisch Recht 1983, blz. 205-212; Houwing-Rombach, no. 566a-568b; Pitlo-Wolffensperger, blz. 166-167.

1967, NJ 1968, 42 (Pos-v.d. Bosch) doorgetrokken en de onzorgvuldige koper veroordeeld om het verpachte in eigendom over te dragen aan de ten onrechte gepasseerde pachter tegen de door de grondkamer vast te stellen verkoopwaarde. De Hoge Raad verwierp op 18 juni 1971, NJ 1971, 408 het cassatieberoep.

Hiermee is duidelijk geworden dat de gepasseerde pachter kan krijgen waar hij recht op heeft en wordt een betere oplossing verkregen dan de Pachtwet zelf aan sancties biedt in de artt. 56h (dat de derde niet raakt) en 43 lid 1 (dat pas bij een verlengingsverzoek toegepast kan worden). De hier aangeduide mogelijkheid wordt algemeen aanvaard en door de rechtspraak toegepast.<sup>204</sup>

Omstreden is echter of ook bij de schending van het wettelijk voorkeursrecht op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding in natura door middel van de verplichte eigendomsoverdracht aan de gepasseerde pachter mogelijk is, al wordt deze vraag overwegend bevestigend beantwoord.<sup>205</sup>

Naar aanleiding van de uitspraak van Hof Amsterdam 16 januari 1980, NJ 1981, 476, heeft Houwing gemeend zich te moeten keren tegen de door hem in Houwing-Rombach no. 5681 verdedigde opvatting. Asser-Brunner, Heisterkamp en Rombach steunen de meerderheid in de rechtspraak. Rombach merkt in suppl. 39 op: "er is mijns inziens in geen der arresten (te weten bovenbedoelde arresten van Hof 's-Hertogenbosch in de procedure Bruurs-Haagen) iets te vinden dat mee zou brengen dat de beslissingen in geval van een enkel wettelijk voorkeursrecht anders zouden hebben geluid", levert geen nader commentaar en past ook de passage inzake het arrest van de Hoge Raad in deze procedure niet aan. Houwing verzet zich echter bij nader inzien na kennisneming van de uitspraak van Hof Amsterdam op grond van de daar en in Houwing-Rombach no. 5680 vermelde wetsgeschiedenis.

De mening van Houwing en het Amsterdamse Hof kan ik niet onderschrijven. Zij gaan ervan uit dat een veroordeling van een derdeverkrijger tot eigendomsoverdracht niet verenigbaar is met de regeling van het in de Pachtwet neergelegde voorkeursrecht. Dat lijkt me niet juist. In het privaatrecht geldt dat als diverse wettelijke regelingen regels geven, de hoofdregel cumulatie van deze regels is en de exclusieve toepasselijkheid van een der regels met uitsluiting van de andere mogelijkheden uitzondering is.<sup>206</sup> Als de Pachtwet, onderdeel van het privaatrecht, in de artt. 43 en 56h niet tot schadevergoeding in natura verplicht en daartoe ook geen aanknopingspunt biedt (zoals het Hof stelt, NJ 1981, blz. 1588 Ik) betekent dit niet dat het niet op grond van een andere rechtsregel mogelijk zou kunnen zijn. Naar mijn mening heeft namelijk geen van beide artikelen een exclusief karakter. Dit blijkt ook uit de wetsgeschiedenis van wetsontwerp 6641, nr. 3 (Memorie van Toelichting) blz. 7 e.v. en nr. 7 (Memorie van Antwoord) blz. 11 e.v.<sup>207</sup> Ook wetsontwerp 17.218 (uitmondend in de wet van 28 juni

<sup>204</sup> Een voorbeeld biedt Rb. Dordrecht 14 juli 1976, De Pacht no. 3344.

<sup>205</sup> Rb. Rotterdam 20 oktober 1978, De Pacht no. 3466; Rb. Utrecht 24 mei 1978, af te leiden uit De Pacht no. 3499 en NJ 1981, 476; Rb. Maastricht 21 december 1978, NJ 1982, 34. Ontkennend: Hof Amsterdam 16 januari 1980, NJ 1981, 476 en De Pacht no. 3499.

<sup>206</sup> C.J.H. Brunner, Beginselen van samenloop, serie privaatrechtelijke begrippen 7, Arnhem 1984, blz. 10 e.v.

<sup>207</sup> Dit wetsontwerp leidde tot de wet van 29 november 1962, Stb. 514 houdende wijziging van de Pachtwet in verband met het vervallen

1984, Stb. 388 tot wijziging van de Pachtwet) geeft geen reden om tot exclusiviteit te komen.

Overigens lijkt me geen principieel onderscheid tussen het wettelijk voorkeursrecht en het in de pachtovereenkomst nog eens uitdrukkelijk vastgelegde voorkeursrecht te bestaan. In het geval van het wettelijke voorkeursrecht wordt dit op grond van de wet geacht deel uit te maken van de pachtovereenkomst, zodat het in feite ook een "contractueel" voorkeursrecht is. De rechtspraak acht beide voorkeursrechten kennelijk ook gelijk, want steeds worden overwegingen gebruikt die sterk doen denken aan de in het arrest Bruurs-Haagen gebruikte. Bovendien werd in dat geval slechts verwezen naar het wettelijk voorkeursrecht, zonder dat iets geregeld werd over de koopprijs of dat de pachter op andere wijze meer rechten zou verkrijgen dan alleen het wettelijke voorkeursrecht. De betreffende clausule luidde slechts: "Als bevestiging van de wettelijke bepalingen verlenen de verpachters aan de pachter de uitdrukkelijke voorkeur op het verpachte ingeval van verkoop." Ik kan niet inzien dat een dergelijk contractueel voorkeursrecht meer mogelijkheden zou openen in geval van schending dan het enkel wettelijke voorkeursrecht dat niet nog eens in de pachtovereenkomst is aangehaald.

Kortom naar mijn mening is zowel bij schending van het contractuele als van het wettelijke voorkeursrecht schadevergoeding in natura mogelijk, zodat de pachter-schuldeiser kan verkrijgen waar hij recht op heeft en er sprake van reële executie is.

### 3.5.4 Overeenkomsten tot het verrichten van arbeid

Volgens art. 1637 BW bestaan er drie soorten overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, te weten de arbeidsovereenkomst, de aanneming van werk en de overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. Meestal<sup>208</sup> worden deze vormen op de volgende wijze van elkaar onderscheiden: is er sprake van een gezagsverhouding dan is er sprake van een arbeidsovereenkomst; ontbreekt de gezagsverhouding en betreft de overeenkomst het vervaardigen of bewerken van een stoffelijk voorwerp, dan noemen wij dit overeenkomstig art. 1637b BW aanneming van werk; in de overige gevallen wordt gesproken van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (of naar NBW van

---

van de wet vervreemding landbouwgrond.

<sup>208</sup> H.L. Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, 7e druk, Deventer 1986, blz. 15 e.v.; Kluwer, Arbeidsovereenkomst, losbladige uitgave, art. 1637 aant. 1 en 2, art. 1637a aant. 1 en 2, art. 1637b aant. 1. Anderen (Asser-Coehorst-De Leede-Thunnissen, blz. 8 e.v.; Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, 13e druk, Alphen aan den Rijn 1983, blz. 13 e.v.; F.J.H.M. van der Ven, Over de aard van de arbeidsovereenkomst, afscheidscollege Tilburg 1972) willen een ander onderscheidend criterium hanteren: de arbeider heeft de meer of minder bepaalde verplichting zijn werkkraacht ter beschikking te stellen, de aannemer heeft de verplichting een bepaald werk tot stand te brengen, de dienstverlener heeft de verplichting (een) bepaalde verrichting(en) te doen. Hier wordt meer gelet op de economische positie en bedoeling van partijen dan op het wel of niet aanwezig zijn van ondergeschiktheid van de een aan de ander.

opdracht).

Sinds op 1 februari 1909 de wet van 13 juli 1907, Stb. 193 in werking trad bevat titel 7a van (nu) Boek IV BW algemene bepalingen aangaande de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid (artt. 1637-1637c), een regeling van de arbeidsovereenkomst (artt. 1637d e.v.) en een regeling van de aanneming van werk (artt. 1640-1652). De overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten wordt slechts genoemd in art. 1637 BW,<sup>209</sup> waarbij wordt aangegeven dat partijen zelf een bij hun rechtsbetrekking passende invulling aan de overeenkomst mogen geven. Hiervoor was het in de artt. 1637 e.v. BW behandelde een deel van het huurrecht: de huur van diensten.

#### 3.5.4.1 De overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten

Uit het feit dat partijen zelf een nadere regeling van de bij hun rechtsbetrekking passende overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten mogen treffen en dat verder helemaal niets geregeld is, blijkt dat er geen wettelijke bepalingen aangaande de reële executie voor deze overeenkomst bestaan, zodat deze hier niet besproken kunnen worden. De reële executie die mogelijk zou zijn berust bij dit soort overeenkomsten volledig op een partij-afpraak.

#### 3.5.4.2 De arbeidsovereenkomst

De regeling van art. 1637x BW handelt over het beding van non-concurrentie.<sup>210</sup> Het tweede lid van dit artikel zegt dat de rechter het beding geheel of gedeeltelijk teniet kan doen wanneer na belangenafweging blijkt dat de werknemer onredelijk zwaar wordt belast door het oorspronkelijk overeengekomen beding. Uitgangspunt blijft dat de afspraak bindt. De werknemer bevindt zich echter vaak in een zodanige positie dat hij voorwaarden van de werkgever accepteert die al te zeer op hem drukken bij verandering van werkkring. De rechter zal dan nagaan in hoeverre er misbruik van omstandigheden is gemaakt. De werkgever kan de nakoming van het non-concurrentiebeding vorderen en daarbij versterking met een dwangsom vragen. Nu de president van de rechtbank in kort geding niet bevoegd is het non-concurrentiebeding (gedeeltelijk) te niet te doen,<sup>211</sup> moet de gewone procedure gevolgd worden en heeft het hier bepaalde een belangrijk deel van het door de wetgever gewenste effect verloren. Wel kan de rechter in kort geding een op het non-concurrentiebeding steunende verbodsactie met dwangsom afwijzen wanneer hij van mening is dat in de bodemprocedure de eis tot (gedeeltelijke) tenietdoening van het beding door de rechter zal worden ingewilligd.<sup>212</sup>

<sup>209</sup> Of lastgeving zou onder dit begrip gerekend moeten worden, vgl. art. 1829 e.v. BW.

<sup>210</sup> Asser-De Leede, blz. 201-204; Bakels, blz. 75 e.v.; Van der Grinten, blz. 123 e.v.; Kluwer, ad art. 1637x BW; Pitlo-Frenkel, blz. 194 e.v.

<sup>211</sup> HR 29 april 1966, NJ 1966, 301.

<sup>212</sup> Vgl. HR 6 februari 1981, NJ 1981, 379.

Naleving van het non-concurrentiebeding kan niet reeel geëxecuteerd worden, doch alleen via een indirect executiemiddel als de dwangsom kan er naar gestreefd worden het gestelde doel te bereiken. Betaalt de werknemer echter de dwangsom dan bereikt de werkgever niet wat hij wil.

In hoeverre is het teniet doen, geheel of gedeeltelijk, door de rechter van het beding te beschouwen als een vorm van reele executie? Bij de overeenkomst van non-concurrentie is de werknemer de schuldenaar: hij verplicht zich niet bij een concurrent te gaan werken. Bij reele executie gaat het er om dat de schuldeiser buiten de schuldenaar om krijgt waar hij recht op heeft, zodat wij hier niet te doen hebben met een vorm van reele executie.

Volgens art. 1639t kan de rechter in de daargenoemde gevallen beslissen dat de dienstbetrekking hersteld moet worden nadat deze op kennelijk onredelijke wijze is beëindigd.<sup>213</sup> Dit betekent dat door de rechterlijke uitspraak niet automatisch de dienstbetrekking hersteld wordt, zodat er geen sprake van reele executie is. De president van de rechtbank in kort geding is niet bevoegd dit constitutionele vonnis uit te spreken; slechts de lange weg van de gewone procedure staat open.<sup>214</sup> Daarnaast is een beroep op art. 6 BBA een eenvoudig middel om voortzetting van de arbeidsovereenkomst te verzekeren.

Blijkens HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559, met een beroep op de wetsgeschiedenis, bestaat er geen recht op herstel, pas als het herstel gevorderd is kan de rechter dit uitspreken. Een zelfstandige bevoegdheid het herstel te bevelen ook in de gevallen dat dit niet gevorderd is, lijkt mij niet aan de rechter toe te komen. Of zoals de HR overwoog: "De rechter ... is ingevolge art. 1639t BW wel bevoegd maar niet verplicht om, zo de werknemer dat vordert, de werkgever te veroordelen de dienstbetrekking te herstellen. Het aanvragen van een dergelijke verplichting strookt niet met het ... beginsel van de contracteervrijheid." Omdat herstel van de dienstbetrekking meestal niet de aangewezen oplossing is (er is al iemand in dienst genomen, er is geen redelijke samenwerking meer mogelijk tussen partijen, etc.), kan de rechter een afkoopsum vaststellen die de plaats van het bevel tot herstel van de dienstbetrekking inneemt.<sup>215</sup>

<sup>213</sup> Asser-De Leede, blz. 238; Bakels, blz. 97-98; Van der Grinten, blz. 196; Kluwer ad art. 1639t BW; Pitlo-Frenkel, blz. 232, 234; M.G. Rood, TVVS 1984, blz. 187; Hof van Justitie Nederlandse Antillen 29 mei 1973, NJ 1974, 73; Ktg. Dordrecht 24 mei 1984, NJ 1985, 621; Rb. Maastricht 7 maart 1985 (te kennen uit HR 31 januari 1986, NJ 1986, 516). De artt 2:134 lid 3, 2:244 lid 3 en 876e BW bevatten dienstbetrekkingen waarvan de rechter het herstel niet mag bevelen. Zie daarover: H.J. Smit, Ontslag en schorsing en de mogelijkheid van herstel der dienstbetrekking via kort geding. WPNR 5817 (1987).

<sup>214</sup> Pres. rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 1966, NJ 1967, 386; Pres. Rb. Amsterdam 13 december 1984, KG 1985, 28; Pres. rb. 's-Gravenhage 1 februari 1985, KG 1985, 60.

<sup>215</sup> In het verlengde van het herstel van de dienstbetrekking ligt de veroordeling van de werkgever om de werknemer in de gelegenheid te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten. Vgl. Hof Amsterdam 8 maart 1974, NJ 1974, 487.

Op grond van art. 1639a lid 2 BW en art. 9 lid 3 BBA is het niet meer mogelijk de werknemer te verplichten zijn arbeidsverplichting na te komen door een dwangsom of lijfswang. Herstel der dienstbetrekking sec, kan wel gevorderd worden, maar zonder machtsmiddelen heeft een veroordeling weinig effect. Daarbij moet ook bedacht worden dat een veroordeling nog niet betekent dat wanneer de werknemer daaraan voldoet de arbeidsprestatie naar volle tevredenheid van de werkgever zal zijn. Dwangsom en lijfswang blijven wel van belang in verband met een tot de werkgever gerichte vordering tot presteren.

Het laatste artikel dat wij zullen behandelen in verband met de arbeidsovereenkomst is artikel 1639w BW.<sup>216</sup> Dit artikel biedt ieder der partijen de niet bij overeenkomst te beperken of uit te sluiten mogelijkheid zich wegens gewichtige redenen tot de kantonrechter te wenden met het schriftelijk verzoek de arbeidsovereenkomst ontbonden te verklaren.

Willigt de kantonrechter het verzoek in, dan treedt zijn beslissing in de plaats van de toestemming voor het ontslag van de werkgever c.q. de werknemer en krijgt de verzoeker buiten zijn wederpartij om waar hij recht op heeft.

Concluderend kunnen wij zeggen dat in dit laatste geval sprake is van een voorbeeld van reele executie, maar dat reele executie over het algemeen bij arbeidsovereenkomsten niet mogelijk is. Het bijzondere karakter, vgl. het adagium "nemo praecise ...", staat hieraan in de weg, niet alleen is dwang met fysiek geweld onmogelijk, daarnaast is de arbeidsovereenkomst vaak met het oog op de persoon van de betrokkene gesloten en betreft het derhalve aan de persoon van de werknemer gebonden prestaties.<sup>217</sup>

### 3.5.4.3 Aanneming van werk

Ook in dit geval zal directe dwang op de persoon van de aannemer niet mogelijk zijn.<sup>218</sup> Omdat de persoon van de uitvoerder hier veelal van minder groot belang is, zal reele executie hier eerder kunnen voorkomen. Wil ik een huis laten bouwen dan kan ik een willekeurige aannemer benaderen en deze het huis volgens de bouwtekening laten bouwen. Is deze aannemer nalatig, dan kan ik buiten hem om verkrijgen waar ik recht op heb. Ik geef een andere aannemer opdracht om het huis te bouwen en verhaal de eventuele extra kosten op de oorspronkelijke aannemer.

<sup>216</sup> Asser-De Leede, blz. 239-241; Bakels, blz. 113 e.v.; Van der Grinten, blz. 207 e.v.; Kluwer ad art. 1639w BW; Pitlo-Frenkel, blz. 236 e.v.

<sup>217</sup> Vgl. H. Drion, RM Themis 1962, blz. 212 (= Geschriften, blz. 104-105) en W.C.L. van der Grinten, AAe VIII (1958-1959), blz. 143 in zijn noot bij Pres. rb. Amsterdam 27 maart 1958, NJ 1958, 245 en Pres. rb. 's-Gravenhage 18 augustus 1958, NJ 1958, 452.

<sup>218</sup> Asser-Thunnissen, blz. 361 e.v.; Pitlo-Wolffensperger, blz. 251 e.v.

Bij de titel bruikleen vinden wij een artikel dat duidelijk een uitvloeisel is van de regeling van de reële executie, te weten art. 1788 BW.<sup>219</sup> Dat reële executie mogelijk is valt af te leiden uit het gratuite karakter van de bruikleen wat tot een zeker overwicht van de belangen van de uitlener leidt, uit het uitdrukkelijk noemen van de rechter en uit het gebruik van het woordje "noodzaken". Het artikel zegt verder "... kan de rechter, naar gelang der omstandigheden ..." en dit wijst m.i. op een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Na een afweging van de belangen van de partijen heeft de rechter de keuze het bevel al dan niet te geven, waarbij een termijn gesteld kan worden. Dat "rechter" in dit artikel ook de president rechtsprekend in kort geding omvat, lijkt me nauwelijks te betwisten nu de gewone procedure zo lang duurt en de uitlener er belang bij heeft de zaak spoedig terug te ontvangen.<sup>220</sup>

### 3.6 HERSTEL IN DE OUDE TOESTAND EN SCHADEVERGOEDING IN NATURA

Een buitengewone vorm van reële executie treffen we m.i. aan bij het herstel in de oude toestand en de schadevergoeding in natura.<sup>221</sup> Volgens de geldende opvatting kan schadevergoeding van door wanprestatie veroorzaakte schade slechts in geld worden vastgesteld.<sup>222</sup> Argumenten die in deze uitspraken gebruikt worden zijn, dat dit onder andere kan worden afgeleid uit de artt. 1275 en 1276 BW, waar de wet de vergoeding van kosten, schaden en interessen stelt tegenover een herstel van nadeel in andere vorm dan in geld, en dat het vooral duidelijk blijkt uit de artt. 612 en 613 Rv. waar gesproken wordt van het "beloop" der te vergoeden kosten, schaden en interessen en van de daarvoor aan te bieden "som". Volgens deze opvatting gaat de schuldenaar die de schade in natura herstelde of wiens schuldeiser een andere prestatie dan de verschuldigde accepteerde, vrijuit, maar kan de schuldeiser geen ander herstel der schade vorderen dan in de vorm van een geldelijke vergoeding. Alleen wanneer de wet het tegendeel uitdrukkelijk bepaalt hoeft geen genoegen genomen te worden met geld.

<sup>219</sup> Asser-Kleijn, blz. 276-277; Van Brakel II, blz. 303; Hofmann-Drion-Wiersma, blz. 341.

<sup>220</sup> HR 8 februari 1946, NJ 1946, 166.

<sup>221</sup> Asser-Rutten I, blz. 163, 187 e.v.; Asser-Rutten II, blz. 328 e.v.; Asser-Rutten III, blz. 94, 127; J.H. Beekhuis, Vereisten voor de vordering tot schadevergoeding, vergeleken met die voor andere acties uit onrechtmatige daad, WPNR 4398-4400 (1955); Blaauw, blz. 8-9; Bloembergen, diss., no. 46 e.v. en 88 e.v.; Van Brakel I, par. 55, par. 504; A.L. Croes, Enkele dubbelfiguren en driepartijenverhoudingen in het Nederlandse privaatrecht, diss. VU Amsterdam 1977, blz. 157 e.v.; Hofmann-Van Opstall, blz. 275 e.v.; Meijers, Zakelijke rechtsoverdrachten uit onrechtmatige daad, WPNR 2240-2243 (1912); Van Nispen, no. 43 e.v.; Pitlo-Bolweg, blz. 87 e.v., 338 e.v. Zie ook de losbladige Kluweruitgave Onrechtmatige Daad II, nr. 182 e.v.

<sup>222</sup> Vgl. HR 21 december 1923, NJ 1924, 121; HR 22 januari 1925, NJ 1925, 357.



Art. 1276 BW is zo'n bepaling waar explicite gesproken wordt over de vordering tot herstel in tegenstelling met de schadevergoeding in geld. In feite is de rechtsplicht waarvan de reële executie in art. 1276 BW wordt voorzien niets anders dan de rechtsplicht tot herstel in de oude toestand die bij art. 1401 BW als een vorm van schadevergoeding wordt gezien. Bij door onrechtmatige daad veroorzaakte schade is de rechter niet gebonden aan een geldelijke vergoeding.<sup>223</sup> Daar wordt een rechtshistorisch argument aangevoerd: het begrip schadevergoeding in art. 1401 BW heeft dezelfde betekenis als *reparer le dommage* in art. 1382 Code Civil. Dat de rechtspraak de schadevergoeding anders dan in geld bij onrechtmatige daad erkent, betekent niet dat de rechter hiertoe ook verplicht is.<sup>224</sup>

In de uitspraak van 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos-v.d. Bosch) heeft de Hoge Raad beslist dat degene die een onrechtmatige daad pleegt, veroordeeld kan worden tot het verrichten van een prestatie die geschikt is de toegebrachte schade zoveel mogelijk weg te nemen.

De aangevoerde argumenten om bij wanprestatie slechts tot schadevergoeding in geld te veroordelen en bij onrechtmatige daad niet, zijn niet overtuigend. Zeker niet als, zoals Onrechtmatige Daad II, 187 doet, tot de vergoeding van schade in andere vorm dan geld gerekend worden toepassingen als de ontruiming van onroerend goed, de afgifte van roerend goed en het herstel van de arbeidsverhouding.

Bij de behandeling van het procesrecht zullen we constateren dat de artt. 612 en 613 Rv. geen feitelijke betekenis hebben voor de beantwoording van de vraag of herstel in een andere vorm dan door vergoeding van een geldsom mogelijk is en dat het materiele recht het antwoord op deze vraag geeft. Het mag toch immers geen verschil maken of de vordering in de hoofdprocedure of in de schadestaatprocedure wordt toegewezen. De schadestaatprocedure heeft slechts tot doel de omvang van de schade te bepalen. Daarmee rust de leer van de HR nog slechts op de artt. 1275 en 1276 BW. Hierboven hebben we gezien, en hieronder zal dit nog diverse malen herhaald worden, dat in tegenstelling tot vroeger, art. 1275 BW niet als een hoofdregel van ons recht moet worden beschouwd, maar eerder als een uitzondering gezien moet worden. Bovendien moet bedacht worden, dat het feit dat art. 1276 BW een andere weg aangeeft dan het vragen van schadevergoeding in geld, nog niet betekent dat dit de enige andere weg is die gevolgd kan worden.

Aldus ontstaat een zeer wankel bouwwerk dat of op instorten staat (na invoering van het NBW zal art. 6.1.9.9 gelden) of -en dat is mijn mening- al ingestort is.

Overigens is de HR naar mijn mening inconsequent. Bij onrechtmatige daad wordt ondanks woorden als "beloop" en "som" in de artt. 612 en 613 Rv. herstel in een andere vorm dan geld toegelaten, terwijl dezelfde woorden als argument gebruikt worden om bij schadevergoeding op grond van wanprestatie slechts schadevergoeding in geld mogelijk te

<sup>223</sup> Rb. Rotterdam 1 mei 1899, W 7314; HR 13 maart 1903, W 7899; HR 13 juni 1913, NJ 1913, 782; HR 24 mei 1918, NJ 1918, 637; Rb. Utrecht 17 maart 1920, NJ 1921, 142; HR 18 maart 1932, NJ 1932, 1329; HR 11 maart 1960, NJ 1960, 261; HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16; HR 17 november 1967, NJ 1968, 42; HR 18 juni 1971, NJ 1971, 408; HR 28 juni 1974, NJ 1974, 400. Van Nispen, no. 12; Star Busmann-Rutten, no. 414.

<sup>224</sup> HR 13 juni 1913, NJ 1913, 782.

achten!<sup>225</sup>

Er mag dan kritiek zijn, niet uit het oog moet worden verloren dat in de meeste gevallen een schadevergoeding in geld voldoet. Toch is herstel in de oude toestand meestal een eenvoudiger oplossing, want het geld dat de gerechtigde ontvangt, zal veelal uitgegeven worden aan herstel. Bovendien hoeft de gerechtigde bij herstel de omvang van de schade, uitgedrukt in geld, niet te bewijzen. In het NBW art. 6.1.9.9, worden wanprestatie en onrechtmatige daad gelijk behandeld, en is bepaald dat schadevergoeding anders dan in geld mogelijk is. Bij zaak-beschadiging kan schadevergoeding in de vorm van herstel wenselijk zijn,<sup>226</sup> met name a. als de benadeelde de reparatie in eigen vrije tijd of in eigen bedrijf kan verrichten, want dan zou een veroordeling tot vergoeding van de schade in geld voor de gedaagde duurder zijn dan de veroordeling tot reparatie,<sup>227</sup> en b. als het gaat om een zaak met een geringe verkoopwaarde, want dan kunnen de kosten van herstel de waardevermindering overtreffen (denk aan een oude fiets, gedragen kleren, e.d.). Een aanspraak om de schade zelf te repareren bestaat niet. Acht de rechter een vergoeding in geld van groter belang voor de ene partij dan het belang voor de andere partij om zelf te herstellen, dan zal men zich hierbij moeten neerleggen.<sup>228</sup>

<sup>225</sup> In het wetsontwerp uit 1911 inzake de wijziging en aanvulling van het BW omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad werd een nieuw art. 1407 (art. 1406 van het gewijzigd ontwerp) voorgesteld, waarvan het eerste lid zou luiden: Degene, jegens wien eene onrechtmatige daad is bedreven, is, onverminderd zijne vordering tot schadevergoeding, bevoegd bij den regter de vernietiging te vorderen van hetgeen onrechtmatig is verricht of de uitvoering van hetgeen onrechtmatig is nagelaten, en kan zich door den regter doen magtigen om, ten koste van hem, die de onrechtmatige daad heeft bedreven, het onrechtmatig verrichte te doen vernietigen of het onrechtmatig nagelatene te doen uitvoeren." Zie WPNR 2149 e.v. (1911) en W 9099 (1911), 9312 (1912) en 9459 (1913). Achtergrond voor het opnemen van de bepaling was, dat degene jegens wie een onrechtmatige daad begaan was, evenals nu, meer prijs op herstel in de vorige toestand dan op schadevergoeding in geld stelde. Beter nog was de door Meijers in WPNR 2275 (1913) gedane suggestie om het voorgestelde art. 1401 lid 4 BW als volgt te redigeren: "Het niet-nakomen van een verbintenis uit overeenkomst is ten aanzien van de wederpartij een onrechtmatige daad in den zin van dezen titel". De artt. 1275-1277 en 1282-1284 BW zouden dan kunnen vervallen, wat een vereenvoudiging van het rechtssysteem zou betekenen, omdat de artt. 1401 e.v. dan overal toepasselijk zouden zijn waar door het schenden van een rechtsplicht een ander nadeel berokkend is.

<sup>226</sup> Vgl. Onrechtmatige daad, no. II-77.

<sup>227</sup> Vgl. HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444 (Telefoonkabel); Rb. Rotterdam 24 januari 1975, NJ 1976, 87.

<sup>228</sup> Ktg. Amsterdam 18 augustus 1955, PRG 471; Ktg. Rotterdam 23 september 1957, PRG 632; Ktg. 's-Gravenhage 22 augustus 1960, NJ 1961, 350. Bloembergen, diss., nr. 90. Zie ook Belgisch Hof van Cassatie 8 januari 1981, Pas. 1981, I, 495: gebouw twaalf jaar oud, waarin glazen oppervlakten onvoldoende beschermd zijn tegen condensatie, welke condensatie zich echter sporadisch voordoet en de hechtheid van de constructie niet aantast; schadevergoeding in geld die is aangepast aan de werkelijk geleden schade en niet in

We hebben hierboven opgemerkt dat art. 1276 BW uitdrukkelijk de mogelijkheid van herstel in geval van wanprestatie opent. In geval van onrechtmatige daad kan de rechter een bevel of verbod geven, zelfs als er slechts sprake is van een reële dreiging of geen schade geleden is.<sup>229</sup> De rechter legt een verbintenis op,<sup>230</sup> wat meebrengt dat niet-nakoming wanprestatie oplevert, tenzij er sprake is van overmacht. De normale regels gelden: er kan een dwangsom opgelegd worden, etc.<sup>231</sup> We zien dat de reële executie die art. 1276 BW mogelijk maakt bij wanprestatie, bij onrechtmatige daad als vorm van schadevergoeding gezien wordt. Wat dat betreft, herstel in de oude toestand, is er dus geen verschil. Ook wat de schadevergoeding in natura betreft is het uiteindelijke resultaat minder afwijkend dan in eerste instantie voor de hand ligt.

Ik keer mij hiermee gedeeltelijk tegen Van Nispen, die in zijn proefschrift op blz. 20 in noot 56 opmerkt "deze machtiging (ex art. 1276 BW, AWJ) strekt tot reële executie van een veroordeling in andere vorm dan geld en heeft niets te maken met de tenuitvoerlegging van een veroordeling tot nalaten". Met het eerste deel van deze opmerking kan ik instemmen, met het tweede deel niet. Naar mijn mening is er geen reden om de tweedeling zo strikt op te vatten dat in feite tegenstellingen ontstaan. Natuurlijk kunnen deze begrippen onderscheiden worden, maar ik meen dat beide begrippen in elkaars verlengde liggen. Art. 1276 BW kan dan opgevat worden als betrekking hebbende op de veroordeling tot herstel in de oude toestand c.q. schadevergoeding in een andere vorm dan geld, maar ook als betrekking hebbend op de reële executie van de veroordeling tot nalaten.<sup>232</sup>

---

de vorm van afbraak gevolgd door herbouw.

<sup>229</sup> HR 13 november 1914, NJ 1915, 98; HR 4 maart 1938, NJ 1938, 948; HR 4 januari 1952, NJ 1953, 158. Van Nispen, diss., no. 86.

<sup>230</sup> H. Drion, Geschriften, blz. 113-114 (=RM Themis 1962, blz. 223); Pitlo-Bolweg, blz. 39. HR 13 november 1914, NJ 1915, 98; Hof Amsterdam 8 januari 1931, NJ 1932, 361; Hof Amsterdam 12 november 1959, NJ 1960, 285.

<sup>231</sup> Zo kan de rechter voor het geval de ene partij nalatig blijft aan zijn verplichting tot herstel te voldoen, eiser met toepassing van art. 1277 BW machtigen om zelf op kosten van gedaagde te herstellen. Nb. een bijzondere vorm van schadevergoeding in natura is te vinden in art. 1409 BW: openbaarmaking vonnis na belediging en art. 6.3.1.5a NBW: rectificatie van misleidende publicatie. Vgl. Hof Amsterdam 3 februari 1919, NJ 1919, 605; Hof 's-Gravenhage 1 december 1930, NJ 1931, 506; Hof Arnhem, 25 oktober 1933, NJ 1934, 189; Rechtbank Amsterdam 17 maart 1965, BIE 1969, nr. 8. Onrechtmatige daad II, nr. 187 e.v. speciaal nr. 231.

<sup>232</sup> Zie ook Van Nispen no. 44, waar hij opmerkt dat als een huurder ontruiming vordert tegen een occupant zonder recht of titel er sprake is van een vordering tot een rechterlijk bevel en dat als de huurder een ontruimingsactie instelt tegen een derde die ná hem met de eigenaar een huurovereenkomst heeft gesloten, terwijl die derde wist van het anterieure huurcontract, hij schadevergoeding vordert. Ik acht dit onderscheid gekunsteld. HR 24 mei 1918, NJ 1918, 637 besliste over eerstgenoemde vordering dat ontruiming de eerst voor de hand liggende vergoeding is. Hoe moet men de vordering tot rectificatie kwalificeren? Deze kan ertoe strekken verdere schade te voorkomen alsook de schade te herstellen. Ik zie hier het meeste in een kwalificatie als schadevergoeding in natura,

Ook uit art. 6.3.1.5b NBW blijkt dat de tegenstelling tussen rechterlijk verbod en schadevergoeding in andere vorm dan de betaling van een geldsom minder groot is dan in eerste instantie gedacht wordt, aangezien de rechter op grond van dit artikel de mogelijkheid heeft de vordering tot een verbod af te wijzen.<sup>233</sup>

In een geval van bouwen van een huis, 16 cm over de grens met andermans grond, kwam de Arnhemse rechtbankpresident met het ei van Columbus, toen hij tot een niet-alledaagse schadevergoeding "in natura" kwam: veroordeling tot afbraak, met dien verstande, dat deze afbraak niet zou behoeven te geschieden indien binnen veertien dagen aan eiseres schriftelijk, uitdrukkelijk en onvoorwaardelijk toestemming zou worden verleend de betreffende muur als steunmuur te gebruiken en zonodig daarin in te bakken, alsmede de verplichting bij de uitvoering hiervan alle redelijkerwijs te verlangen medewerking te verlenen.<sup>234</sup>

### 3.7 TWEE BIJZONDERE ONDERWERPEN

#### 3.7.1 De verplichting tot verder onderhandelen

Voor de reële executie van de verplichting om verder te onderhandelen (bijv. bij de verkoop van aandelen), nadat eerder de onderhandelingen afgebroken werden, is na hetgeen H.C.F. Schoordijk in zijn Onderhandelen te goeder trouw, Deventer 1984, blz. 106 e.v., heeft opgemerkt, met name naar aanleiding van HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85 (onderhandelingen overneming aandelenkapitaal Stuwa-uitzendbureau) een korte bespreking voldoende.

Naar mijn mening is het mogelijk om tot nakoming of tot schadevergoeding in de vorm van herstel in de rechtmatige toestand (namelijk door het voortzetten van de onderhandelingen) te veroordelen, maar zal reële executie van deze veroordeling veelal niet mogelijk zijn en zal uiteindelijk slechts een vergoeding in geld voor de gerechtigde resteren. De Hoge Raad heeft in enkele arresten duidelijk gemaakt dat de veroordeling tot nakoming van een verbintenis in het algemeen gevorderd kan worden, onverschillig of de tenuitvoerlegging van die veroor-

---

vgl. ook par. 10.5.1.7. (Zie over de veroordeling tot publicatie: Van Nispen no. 59 e.v., die de nadruk legt op het voorkomen van schade).

<sup>233</sup> Vgl. L.D. Pels Rijcken, WPNR 5595 (1982) sub 3 en D.W.F. Verkade naar aanleiding van HR 28 juni 1974, NJ 1974, 400 in de Van der Grintenbundel Goed en Trouw, Deventer 1984, blz. 571-572, die meent dat het onderscheid tussen een vergoeding in natura van toekomstige schade en een rechterlijk bevel gekunsteld is.

<sup>234</sup> Pres. rb. Arnhem 17 juli 1972, NJ 1972, 512; P.A. Stein, WPNR 5235 (1973) en J.B.M. Roes, Rechterlijke dwang tot zakenrechtelijk handelen, WPNR 5245 (1974). De rechtbank Alkmaar besliste op 27 juni 1974, NJ 1975, 65, dat gedaagde binnen zes maanden na de betekening van het vonnis door een terzake kundig tuinder in eisers tuin moest doen aanbrengen een zestal elzen met in totaal tien stammen met een hoogte van tussen de vier en de zes meter.

deling mogelijk is.<sup>235</sup>

In geval van een veroordeling tot voortzetting van de onderhandelingen zal op het eerste gezicht reële executie van die verplichting niet mogelijk zijn. Het betreft een verbintenis om te doen.

Hierboven in par. 3.2.1 hebben we opgemerkt dat als de toestemming ontbreekt, er geen overeenkomst tot stand kan komen en dat de toestemming om een overeenkomst aan te gaan op zich niet reëel te executeren valt, omdat deze wilsuiting zo aan de persoon gebonden is dat deze niet de wilsuiting van een ander ervoor in de plaats kan treden. Men kan echter anders redeneren. Heeft de rechter uitgemaakt dat er een verplichting bestaat om de onderhandelingen voort te zetten, dan doet de onwil tot contracteren niet meer terzake: de wil van de betrokkene is niet meer vrij en de betrokkene moet geacht worden op de grondslag van de redelijkheid en de billijkheid de onderhandelingen voort te willen zetten en zo mogelijk met de wederpartij te contracteren. In feite bestaat er dan een contracteerdwang. Dat de rechter zijn vonnis in de plaats van de handeling van de onwillige laat treden vinden we bijvoorbeeld in de artt. 876m en 1217 lid 3 BW en art. 3.11.4 NBW. Dat de rechter een onzijdig persoon benoemt die in plaats van de weigerachtige optreedt zien we in de artt. 876r en 1117 BW. Er zou ook gedacht kunnen worden aan het onteigeningsrecht.<sup>236</sup>

Degene die van de rechter verder moet onderhandelen bevindt zich niet in een benijdenswaardige positie, zeker niet als er uitsluitend met de betrokken wederpartij verder onderhandeld mag worden. Zou ook met derden onderhandeld mogen worden, dan bevindt de (ex-)onwillige zich veel minder in een dwangpositie, want een van deze derden kan een objectief beter bod doen en dit betere aanbod zou aanvaard mogen worden. Mag alleen met de wederpartij verder onderhandeld worden, dan zal het niet met anderen mogen onderhandelen gelijk staan met het niet kunnen accepteren van een eventueel bod van een derde.<sup>237</sup> Is aan de verplichting tot verder onderhandelen een dwangsom verbonden, dan moet opgepast worden dat de wederpartij geen misbruik van omstandigheden maakt, want dan is de overeenkomst aantastbaar en levert dit een nieuwe procedure op. Anderzijds mogen we ook niet accepteren dat de (ex-)onwillige middels eigenrichting de verplichting tot verder onderhandelen frustreert.

Is de verplichting tot verder onderhandelen reëel executabel of niet? Ik meen dat deze vraag in beginsel bevestigend beantwoord moet worden als partijen in een vergevorderd stadium van hun onderhandelin-

<sup>235</sup> HR 23 juni 1899, W 7302; HR 18 december 1931, NJ 1932, 769; HR 9 mei 1969, NJ 1969, 338; HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73, Asser-Hartkamp II, no. 156 e.v.; Asser-Rutten I, blz. 155-156; conclusie AG Franx bij HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85, blz. 326 Ik. en 327 Ik.; Hofmann-Van Opstall, blz. 126 e.v.

<sup>236</sup> H. Drion, Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht. Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Opgenomen in Jaarboek 1967/68, blz. 265-290 en Geschriften, blz. 231-257; AG Franx, NJ 1982, blz. 327 Ik.; J.J. Nagelkerke, Contractswijgering in het Franse en Nederlandse recht, diss. VU Amsterdam 1973; Onrechtmatige Daad II, nr. 187; Schoordijk, blz. 106 e.v. Zie ook HR 17 november 1967, NJ 1968, 42, HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 en HR 3 oktober 1986, NJ 1987, 40.

<sup>237</sup> HR 19 december 1969, NJ 1970, 154 (Lindeboom-gemeente Amsterdam).

gen verkeren en de contouren van de te sluiten overeenkomst zich al beginnen af te tekenen. Uit het arrest HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas-Valburg) blijkt dat bij afgebroken onderhandelingen de verplichting tot dooronderhandelen op haar plaats is. Ook uit HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85 blijkt dat ons hoogste rechtscollege deze verplichting in principe accepteert, maar het in het concrete geval beter vond dat de verplichting tot dooronderhandelen niet reeel geëxecuteerd werd. Nog duidelijker blijkt dit uit HR 11 maart 1983, NJ 1983, 585 (Huurdersvereniging Koot): De omstandigheid dat partijen nog verdeeld zijn over de concrete resultaten waartoe de in de overeenkomst gemaakte afspraken moeten leiden, sluit niet uit dat zij tegenover elkaar verplicht zijn, met inachtneming van de eisen van de goede trouw ertoe mede te werken dat deze afspraken in overeenstemming met wat reeds is overeengekomen tot volkomenheid worden gebracht, noch dat de nakoming van deze verplichting door een met bedreiging van een dwangsom versterkte veroordeling in rechte kan worden afgedwongen.<sup>238</sup>

Ook de lagere jurisprudentie accepteert in meerderheid de verplichting tot verder onderhandelen en de reële executie ervan. Enerzijds Pres. rb. Roermond 14 maart 1983, KG 1983, 125, Hof Arnhem 14 november 1983, NJ 1984, 499, Pres. rb. 's-Hertogenbosch 29 juni 1984, KG 1984, 258, Pres. rb. Dordrecht 6 februari 1986, KG 1986, 131 en Pres. rb. 's-Hertogenbosch 17 april 1986, KG 1986, 226, anderzijds Pres. rb. Rotterdam 20 juli 1984, KG 1984, 239 en Pres. rb. 's-Gravenhage 10 mei 1985, KG 1985, 168 (in beide gevallen lagen de standpunten van partijen ver uiteen). Zie ook Pres. rb. Amsterdam 2 oktober 1986, KG 1986, 454: verbod besluit tot opheffing Hortus Botanicus uit te voeren alvorens dit overeenkomstig de Reorganisatiecode UvA besproken is.

In zijn bespreking van Schoordijks Onderhandelen te goeder trouw in NJB 1985, blz. 292 keert L. Hardenberg zich tegen de veroordeling tot hervatting van onderhandelingen: dit vindt voor het particuliere rechtsverkeer geen steun in ons recht. A.G. Ten Kate echter achtte in zijn conclusie voor HR 11 maart 1983, NJ 1983, 585 op blz. 1836 lk. deze verplichting niet onjuist.<sup>239</sup> Verder valt nog te verwijzen naar de beide voorbeelden die Schoordijk op blz. 112 noemt.

In het NBW wordt geen uitspraak gedaan over de vraag of reële executie van de verplichting tot verder onderhandelen mogelijk is. Wel is tijdens de parlementaire behandeling art. 6.5.2.8a toegevoegd: Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zijn.<sup>240</sup>

<sup>238</sup> Zie ook HR 16 januari 1981, NJ 1981, 426; HR 26 juni 1981, NJ 1981, 493 en HR 19 november 1982, NJ 1983, 102.

<sup>239</sup> Nagelkerke, blz. 462 en W.S.M. Schut, Letters of intent, studie-pocket privaatrecht nr. 39, Zwolle 1986, blz. 77 e.v. (speciaal blz. 85-87) menen dat voor de rechter een onderhandelingsgebod uit den boze is. M. van Delft-Baas, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984, blz. 75, en P. van Schilfgaarde, AAe 1983, blz. 760, achten een gebod tot verder onderhandelen niet in strijd met de contractsvrijheid.

<sup>240</sup> Kamerstuk 17.541 (vijfde gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, wijziging van titel 11 van Boek 3 en van de Boeken 5 en 6), nr. 7, VV II, blz. 19, nr.

### 3.7.2 De natuurlijke verbintenis

De natuurlijke verbintenis is een verbintenis in rechtskundige zin, die zich echter van de gewone civiele verbintenis onderscheidt, doordat zij geen volkomen rechtsbescherming geniet.<sup>241</sup> Bij deze verbintenissen is er sprake van een verplichting waarvan de nakoming niet in rechte kan worden afgedwongen (vgl. artt. 1395 lid 2 en 1825 BW).

Sinds het arrest van de Goudse bouwmeester<sup>242</sup> hanteert de rechtspraak een ruime opvatting om het begrip natuurlijke verbintenis aan te geven. Rutten vat de heersende overtuiging als volgt samen:<sup>243</sup> een natuurlijke verbintenis is niet alleen aanwezig, wanneer naar de positieve regeling van de wet een schuld bestaat doch het recht tot vorderen hetzij van de aanvang af heeft ontbroken, hetzij door later ingetreden omstandigheden is komen te vervallen, maar daaronder valt ook een verplichting welke slechts berust op voorschriften van moraal of fatsoen, mits de omstandigheden van het geval en de verhouding van de daarbij betrokken personen de nakoming daarvan zo dringend maken, dat degene, tegenover wie zulk een verplichting bestaat, die nakoming als de vervulling van een hem toekomende, zij het in rechte niet afdwingbare prestatie mag beschouwen.

In al deze gevallen dat er sprake is van een natuurlijke verbintenis zal reële executie onmogelijk zijn. Kenmerk van de natuurlijke verbintenis is immers de niet-afdwingbaarheid.

---

8, MvA, blz. 62-65, nr. 9, Tweede Nota van Wijziging, blz. 4, nr. 10, EV, blz. 10-11, nr. 11 Nota n.a.v. EV, blz. 15-16, nr. 16, amendement Van der Burg tot schrapping van de bepaling. Zie over de bepaling: M. van Delft-Baas, Afgebroken onderhandelingen, art. 6.5.2.8a NBW, Kwartaalbericht Nieuw BW 1986, blz. 50-51, H.J. de Kluiver, Onderhandeling en wetgeving, WPNR 5816 (1987) en A. Roosenbrand-Kuyken, WPNR 5794 (1986), blz. 517-519.

<sup>241</sup> Asser-Rutten I, blz. 27 e.v.; Van Brakel I, par. 17 e.v.; Hofmann-Van Opstall, blz. 29-30, 47 e.v.; Pitlo-Bolweg, blz. 294 e.v.

<sup>242</sup> HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777.

<sup>243</sup> Asser-Rutten I, blz. 39.

## 4.1 ALGEMEEN

In het vorige hoofdstuk is aandacht geschonken aan het verbintenissenrecht, met name aan de verbintenissen om te doen, om niet te doen of om het genot van een zaak te verschaffen. Stonden daar de persoonlijk ofwel relatieve rechten, de aanspraken tegenover bepaalde andere personen, centraal, nu zullen wij aandacht besteden aan het zakenrecht, waar de bevoegdheden ten aanzien van een zaak geregeld worden. Zoals hierboven al aangegeven, zal de verbintenis om te geven, met name wanneer het de eigendoms- of bezitsoverdracht van een zaak betreft, hier ook aan de orde komen.

Zaken zijn volgens art. 555 BW goederen en rechten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn. Daarmee zijn de rechten uit het personen- en familierecht (bijv. ouderlijke macht en voogdij) terzijde geschoven. Ook de zogenaamde rechten met betrekking tot de voortbrengselen van de geest vallen buiten de behandeling in dit hoofdstuk, omdat niet een zaak maar een idee centraal staat in de handhaving. Onder het begrip 'goed' wordt verstaan een stoffelijk voorwerp, met 'recht' is bedoeld een subjectief vermogensrecht.

Een onderscheiding van zaken is te vinden in art. 560 BW, te weten die in roerende en onroerende. Daarnaast bestaan er individueel bepaalde zaken en soortzaken. Of iets een soortzaak is of niet, hangt af van de verkeersopvattingen en de afspraak van partijen. Praktisch is het onderscheid vooral van belang omdat eigendom en bezit van zaken die enkel door de soort en de hoeveelheid bepaald zijn, niet mogelijk is.<sup>244</sup> In die gevallen zal steeds een zekere individualisatie moeten plaatsvinden. Op welke wijze dat gebeurt zal afhangen van de feitelijke omstandigheden.

Zakelijke rechten behoren tot de grotere categorie van absolute rechten, welke de gerechtigde tot het object van zijn recht een anderen uitsluitende machtsverhouding verschaft. Ofwel: de gerechtigde kan zijn rechten tegenover iedereen handhaven. Dit betekent dat de zakelijk gerechtigde de zaak waarop zijn recht betrekking heeft kan opvorderen waar hij haar mocht aantreffen, dat de zakelijk gerechtigde zijn recht behoudt wanneer de zaak waarop zijn recht betrekking heeft door de eigenaar vervreemd wordt en dat indien de zaak zich bij een failliet bevindt het faillissement genegeerd kan worden.

Daarmee komen wij tot een essentieel verschil met het verbintenissenrecht. Zakelijk gerechtigden kunnen hun recht geldend maken ten opzichte van ieder ander, wat inhoudt dat wanneer iemand inbreuk maakt op het zakelijk recht van de gerechtigde, hij in een daarop volgend proces hoe dan ook het onderspit moet delven en dat de zakelijk gerechtigde aan het recht zo veel mogelijk bescherming dient te ontnemen als maar mogelijk is. De oorsprong van de term reële executie (res=zaak) geeft dit ook duidelijk aan.

Van vonnissen gewezen op grond van het instellen van een zakelijke rechtsvordering is steeds reële executie mogelijk. Zou de zakelijk gerechtigde niet zijn recht door middel van reële executie kunnen

<sup>244</sup> HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 (Teixeira); HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 (Nieuwe Matex).



handhaven, maar zou hij genoeg moeten nemen met schadevergoeding, dan wordt aan het zakelijk karakter van zijn recht afbreuk gedaan en wordt het zakelijk element op onaanvaardbare wijze uitgehouden.

Al van oudsher wordt de zakelijk gerechtigde de mogelijkheid van reële executie geboden. Noch de literatuur noch de rechtspraak<sup>245</sup> heeft dit ontkend. Nergens echter is dit in de wet met zoveel woorden geregeld en meestal wordt een beroep gedaan op bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering o.a. de artt. 124 (wat overigens op een persoonlijk recht betrekking heeft) en 721 e.v. Uit de tekst van een aantal bepalingen uit het derde boek van het BW is echter naar mijn mening wel af te leiden dat onze wetgever zich op het standpunt stelde dat reële executie in het zakenrecht geldt. Ik denk daarbij o.a. aan de volgende artikelen: 604 sub 4o, 619 lid 1, 622, 629, 658 lid 2, 714 leden 2 en 3, 715, 728, 735 lid 1, 875a lid 6, 876 lid 1 en 876r lid 2. Definities gegeven in bepalingen als 758, 767 en 803 BW impliceren m.i. ook reële executie, terwijl evenmin valt in te zien waarom uitspraken die een veroordeling inhouden om een zekere toestand te beëindigen en die berusten op artikelen als 673 lid 2, 675 lid 1, 676, 678, 700-702, 713 en 739 BW niet reël te executeren zijn, zodat de in het gelijkgestelde partij zo nodig op kosten van de wederpartij de feitelijke situatie in overeenstemming mag brengen met de uitspraak.

De beste bescherming bieden de artikelen die uitdrukkelijk zeggen dat de gerechtigde zelf mag optreden. Wanneer buurmans overhangende boomtakken of doorschietende boomwortels het genot voor mij van mijn tuin<sup>246</sup> verminderen, dan mag ik op grond van art. 714 lid 3 BW de overhangende takken afsnijden en de doorschietende wortels afhakken wanneer buurman niet op mijn klacht reageert en mits ik zijn grond niet betreed. Het betreft hier een geval van wettelijk geoorloofde eigenrichting of reële executie.<sup>247</sup>

Dat het zakenrecht in een groot aantal gevallen biedt waar men recht op heeft, leert de volgende greep uit de jurisprudentie. Deze uitspraken onderstrepen nog eens dat er een ongeschreven regel bestaat die inhoudt dat iedereen zo veel mogelijk moet krijgen waar hij recht op heeft.

1. HR 29 juni 1860, W 2185 (ontruiming van een begraafplaats).

Uit de artt. 618 jo 622 BW volgt, dat bij toewijzing van de eis tot handhaving en herstel in het bezit alles behoort te worden hersteld in de toestand, waarin het was voor de stoornis, eiser gemachtigd hiertoe

<sup>245</sup> Asser-Beekhuis I, no. 395; Diephuis VI, tweede druk (1886), blz. 128 e.v., X (1886), blz. 71; Formijne, diss. blz. 2, 14-15; Hugenholtz, WPNR 3503 (1937); Kisch, diss., blz. 182; Molengraaff, NJV 1900, blz. 16; Moltzer, PUG, blz. 21; Philips, diss. blz. 20; Pitlo-Brahn, blz. 252; Van Rossem-Cleveringa, aant. 7 op art. 430 Rv; Star Busmann-Rutten, no. 413 en 416. Zie ook art. 370 van het Ontwerp op de manier van procederen in civiele zaken uit 1815. O.a. HR 29 juni 1860, W 2185; Rb. Groningen, 1 juni 1883, W 4937; Rb. Rotterdam, 26 november 1887, W 5867; Hof Leeuwarden, 7 januari 1891, W 6038; Rb. Rotterdam, 10 april 1893, W 6364.

<sup>246</sup> Ik moet wel eigenaar zijn en geen huurder: vgl. Rb. Middelburg 26 maart 1980, NJ 1981, 25 en Hof 's-Gravenhage 25 april 1963, NJ 1965, 222.

<sup>247</sup> Of hier nog wel van eigenrichting gesproken mag worden, is betwist. Vgl. Star Busmann-Rutten, no. 8.

zelf over te gaan met behulp van de sterke macht.

2. Rechtbank Groningen 1 juni 1883, W 4937.

Veroordeling van gedaagde om het door hem bewoonde en gebruikte gedeelte van de percelen, die hij ongerechtigd is te bewonen en/of te gebruiken, binnen 14 dagen na de betekening van het vonnis met zijn gezin en zijn goederen te ontruimen, te verlaten en ter vrije beschikking van eisers te stellen. Machtiging aan eisers om, indien de gedaagde aan het vonnis niet voldoet, hem dan tot die ontruiming te noodzaken door een deurwaarder, bijgestaan door M. Uhl, rijksveldwachter, en O. Tissing, gemeenteveldwachter, beiden te Uithuizen wonende, als getuigen overeenkomstig de wet.

3. Hof Leeuwarden 7 januari 1891, W 6038.

Wanneer iemand grond heeft gekocht om daarop een woning te bouwen en hem bij de koopakte het recht is verleend om in een muur van het te bouwen huis, die onmiddellijk zal grenzen aan een ander perceel grond van de verkoper, een zeker aantal vensters te plaatsen, dan mag de verkoper of diens rechtverkrijgende niet op zijn eigen grond naderhand vóór die vensters op zeer geringe afstand schuttingen plaatsen, enkel met het doel om de koper of diens opvolger te beroven van het genot van licht en uitzicht, dat die vensters geven. Machtiging aan de appellanten ook die algehele wegruiming te bewerkstelligen op kosten van de geintimeerden, bij al dien deze in gebreke blijkt, die kosten desnoods op te maken bij staat en te vereffenen volgens het voorschrift der wet alles onder reserve van de appellanten recht op vergoeding van kosten, schaden en interessen, ter zake voorschreven.

4. Rechtbank Rotterdam 10 april 1893, W 6364.

Veroordeling om de stoornis van een stuk grond te doen ophouden en mits dien binnen 14 dagen na betekening van het vonnis weg te breken en weg te ruimen, alles wat op en over de strook grond is aangebracht. Machtiging aan eiser om, indien de gedaagde met een en ander in gebreke mocht blijven, dit zelf te doen bewerkstelligen ten kosten van de gedaagde, zo nodig geholpen door de sterke arm van justitie of politie, waarvan de gedaagde de kosten zal hebben te betalen op de eenvoudige overlegging van de kwitanties van de door eiser betaalde kosten.

5. Rechtbank Roermond 22 juli 1920, W 10773 (art. 641 BW).

De tot de jacht gerechtigde wordt gemachtigd met geweld het jagen door anderen, wat inbreuk maakt op zijn jachtrecht, te beletten.

6. Rechtbank Alkmaar 18 november 1926, NJ 1927, 304 (art. 692 e.v. BW).

Het is geoorloofd machtiging te vragen aan de rechtbank om zelf de vensters in een staat overeenkomstig het burenenrecht te brengen, indien de gedaagde dit niet zelf doet. Dat, al is de gevraagde reële executie niet in de wet geregeld, deze wel door de rechter kan worden bevolen, aangezien deze in het algemeen zich gerechtigd mag achten datgene te bevelen, wat tot verwerkelijking van het materiële recht kan strekken en de reële executie niet bij de wet is uitgesloten.

7. Rechtbank Dordrecht 7 oktober 1931, NJ 1931, 1642.

Er zijn alleszins termen om de zogenaamde reële executie toe te staan nu die executie strekt ter handhaving van een zakelijk recht (i.c. veerrecht) en tot het doen ophouden van een toestand, welke onrechtmatig geoordeeld wordt.

8. Rechtbank Arnhem 17 februari 1938, NJ 1938, 841 (art. 685 BW). 685 BW).

Ten aanzien van het door gedaagde alsnog te herbouwen stukje muur kan eiseres niet naast machtiging om zelf, bij nalatig blijven van gedaagden, op kosten van dezen de opbouw te doen bewerkstelligen, betaling van een dwangsom en executie bij lijfswang vorderen.

9. HR 29 juni 1962, NJ 1963, 68 (art. 629 BW).

De eigenaar van een goed behoeft niet te dulden dat een ander zich op enige wijze van dat goed bedient, tenzij deze krachtens de wet of een aan hem toekomend recht hiertoe bevoegd is, of zijn gebruik van de zaak tegen de eigenaar anderszins is gerechtvaardigd.

10. Rechtbank Alkmaar 19 april 1973, NJ 1974, 226.

Een door verjaring verkregen erfdienstbaarheid om bomen te hebben binnen twee meter van de erfscheiding brengt geen verbod mee voor de eigenaar van het lijdend erf tot uitoefening van de hem bij art. 714 BW gegeven bevoegdheid om van deze bomen doorschietende wortels af te kappen en overhangende takken af te snijden.

Daarnaast kan de zakelijk gerechtigde die in een zekere verhouding met een ander staat (bijvoorbeeld omdat zij burens zijn) zich beroepen op toepassing van de regels van het verbintenissenrecht: zoals iedereen heeft de ander zich te onthouden van het inbreuk maken op de rechten van de zakelijk gerechtigde. Wordt wel inbreuk gemaakt dan is een verbintenis uit de wet geschonden, wat een onrechtmatige daad oplevert. De bepalingen uit de eerste titel van boek IV BW (de artt. 1269 e.v.) zijn dan toepasselijk.<sup>248</sup> Zo kan degene die ex art. 714 lid 3 BW mag optreden de rechter ook vragen om om op grond van art. 1277 BW een machtiging te verlenen, in welk geval hij de grond van zijn burens mag betreden. Natuurlijk kunnen de beide burens ook uitdrukkelijk afspraken gemaakt hebben. De regels van het verbintenissenrecht zijn dan direct van toepassing.

#### 4.2 DE VERBINTENIS OM TE GEVEN

Hiermee wordt aangeduid de verbintenis tot het verschaffen van de eigendom, het bezit of het genot van een zaak. Aangezien de verbintenissen om het genot van een zaak te verschaffen in het vorige hoofdstuk al implicite aan bod gekomen zijn, zullen we hier vooral nader ingaan op de eigendoms- of bezitsoverdracht van een zaak. Directe dwang op de schuldenaar tot een zelf geven is niet mogelijk. Meestal heeft de schuldeiser slechts recht op levering en niet op levering door

<sup>248</sup> Asser-Beekhuis I, no. 42 e.v.; PG boek 3, blz. 65 e.v. Vgl. ook de systematiek van het NBW: Boek 3 behandelt de vermogensrechten in het algemeen en boek 5 de zakelijke rechten. Zie ook Hof Leeuwarden 7 januari 1891, W 6038 en Rb. Dordrecht 7 oktober 1931, NJ 1931, 1642.

de schuldenaar persoonlijk. Is er wel een recht op persoonlijke levering dan zou directe dwang er op neer kunnen komen dat de schuldeiser met de zweep in de hand de schuldenaar dwingt de betreffende zaak te overhandigen. Ons recht accepteert deze mogelijkheid niet. Allereerst moet worden opgemerkt dat een algemeen artikel te vergelijken met de artt 1276 en 1277 BW voor de verbintenis om te geven ontbreekt. Trouwens ook een algemeen geformuleerd artikel als art. 1275 BW ontbreekt: art. 1272 BW spreekt slechts over de schuldenaar die zich in de onmogelijkheid heeft gesteld de zaak te leveren of voor haar behoud niet behoorlijk heeft gewaakt, wanneer dus de levering onmogelijk is geworden.

Met de verbintenis tot het geven van een geldsom hoeven wij ons niet bezig te houden. Het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft een uitgebreide regeling in de artt. 439 e.v. en het derde boek in de artt. 727 e.v. Dat is ook de reden waarom deze verbintenis hierboven is uitgesloten van de te behandelen materie: niemand twijfelt eraan of deze verbintenis is reeel te executeren. Beter past echter voor dit soort verbintenissen de term verhaalsexecutie.

Voorop gesteld moet worden dat als de verbintenis strekt tot het geven van de zaak aan een ander die eigenaar is, reele executie mogelijk is. Door een vordering tot revindicatie en/of revindicatoir beslag te leggen, kan de eigenaar bewerkstelligen dat hij (uiteindelijk) datgene verkrijgt waar hij recht op heeft: zijn eigendom.

Houden wij ons verder eerst bezig met de vraag of de verbintenis tot afgifte (dat is de feitelijke heerschappij en het genot) van een zaak reeel executabel is, dan moeten wij gaan onderscheiden tussen bepaalde zaken en vervangbare zaken anders dan een geldsom, terwijl het zinvol is de bepaalde zaken nader te verdelen in roerende en onroerende.

Aangezien de wet niets zegt over de verbintenis tot afgifte, is vroeger wel de conclusie getrokken dat, nu de wet deze bevoegdheid niet uitdrukkelijk toekende, het niet mogelijk zou zijn een vonnis hieromtrent gewezen direct tenuitvoer te leggen.<sup>249</sup>

Deze opvatting is echter als achterhaald te beschouwen. Niet alleen kan uit het zwijgen van de wet ook het tegendeel worden afgeleid: wat de wet niet verbiedt, is toegestaan (een redeneerwijze die met name in het strafrecht geldt). Ook bieden enige artikelen genoeg aanknopingspunten om er toe te concluderen dat deze artikelen uring zijn van een ongeschreven hoofdregel.

Hierboven is al aangegeven dat art. 1272 BW in tegenstelling tot art. 1275 BW slechts spreekt over schadevergoeding voor de gevallen dat de levering onmogelijk geworden is. In art. 1303 BW staat '... tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken ...' geschreven en dat geldt niet alleen voor de verbintenissen om (niet) te doen, maar ook voor de verbintenissen om te geven (vgl. ook art. 1342 BW: De schuldeischer kan ... de nakoming der hoofdverbintenis eischen). Had de wetgever

<sup>249</sup> Vgl. in verschillende zin: Diephuis, X blz. 71 e.v.; J.C.W. Evenblij, *De manus militaris in het privaatrecht*, RM 1921, blz. 217-224, die op blz. 224 zegt: "Onze slotsom dus dat het geldend Nederlandsch recht de manus militaris bij verbintenissen om te geven toelaat"; Hugenholtz, WPNR 3505 (1937), blz. 94; Opzoomer V, blz. 86; Sipkes, diss., blz. 67 e.v.; Rb. Dordrecht 31 januari 1923, W 11050; Rb. Tiel 15 februari 1924, NJ 1924, 1183; Rb. Rotterdam 21 oktober 1929, W 12168; Hof 's-Gravenhage 12 februari 1931, NJ 1932, 19.

de verbintenis om te geven wel willen uitsluiten, dan had hij m.i. zeker een wetsbepaling van die strekking opgenomen.

Gaat het om de levering van een bepaalde zaak, dan erkennen zowel de rechtspraak als de literatuur de mogelijkheid om de levering te effectueren.<sup>250</sup> Bij vervangbare zaken die niet in geld bestaan, ligt de kwestie moeilijker. Voor eigendom of bezit van vervangbare zaken is individualisatie nodig. Dat het om vervangbare zaken gaat hoeft nog niet te betekenen dat de reele executie van een verbintenis om dergelijke zaken te geven onmogelijk is. Natuurlijk, heeft de schuldenaar 10.000 kilo Eigenheimers eerste klasse verkocht en bezit hij ze niet, dan is reele executie onmogelijk. Heeft hij echter 100.000 kilo opgeslagen in zijn pakhuis, dan zullen redelijkheid en billijkheid zich er niet tegen verzetten dat het keuzerecht, dat eerst bij de schuldenaar berustte, wordt uitgeoefend door de (deurwaarder van de) schuldeiser en dat 10.000 kilo wordt weggenomen. Dat dit het geval moet zijn blijkt duidelijk wanneer de schuldeiser dezelfde hoeveelheid met enige winst heeft doorverkocht. Om aan zijn leveringsverplichting te kunnen voldoen zal de schuldeiser deze hoeveelheid op de vrije markt moeten aankopen. De te lijden schade zal door de schuldenaar vergoed moeten worden. Wat is echter eenvoudiger dan het weghalen bij de schuldenaar? In de regel zal dit goedkoper zijn, ofwel er hoeft minder schade vergoed te worden.<sup>251</sup> Dit kunnen wij zien als een aanwijzing voor de mogelijkheid van reele executie.

Betreft het een verbintenis die niet de eigendomsoverdracht maar een gebruiksrecht inhoudt, dan is revindicatie niet mogelijk. Is een roerende zaak verhuurd, maar weigert de verhuurder de zaak ter beschikking te stellen, dan kan de huurder een vordering tot afgifte instellen. Wijst de rechter de vordering toe, dan is reele executie mogelijk doordat de deurwaarder de zaak wegneemt en ter beschikking van de huurder stelt. Daarmee verkrijgt de huurder waar hij recht op heeft: het genot van het gehuurde. Heeft de rechter hem daartoe gemachtigd, dan zal de huurder zelf kunnen optreden. Gaat het om de afgifte van het gehuurde dat zich in een (pak)huis, kist of kast bevindt, dan zal de rechter een machtiging moeten verlenen op grond van de artt. 444 e.v. Rv. tot opening van de deuren van het huis, etc. De gerechtigde zelf mag het slot niet zonder meer verbreken. Nadat de rechterlijke machtiging verleend is, zal de gerechtigde -door een deurwaarder in te schakelen- buiten de schuldenaar om kunnen verkrijgen waar hij recht op heeft en kan derhalve tot reele executie overgegaan worden.

<sup>250</sup> Rb. Utrecht 22 september 1920, NJ 1921, 162; HR 17 december 1954, NJ 1955, 391. Asser-Rutten, I, blz. 158; Van Brakel I, par. 31; J. Eggens, iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak, WPNR 2784-2785 (1923), speciaal blz. 249 e.v.; Hofmann-Van Opstall, blz. 35; Land-de Savornin Lohman IV, Haarlem 1907, blz. 16; Oudelaar, par. 27; Pitlo-Bolweg, blz. 15 e.v.; Van Rossem-Cleveringa, aant. 7 op art. 430 Rv.; Star Busmann in noot onder HR 2 november 1922, W 10978; Star Busmann-Rutten, no. 413 en 417; Fischer, diss., toont aan dat de geschiedenis van de reele executie bij koop voor toelaatbaarheid pleit.

<sup>251</sup> Asser-Rutten I, blz. 158; Hofmann-Van Opstall, blz. 35; Star Busmann-Rutten, no. 417. Rb. Amsterdam 26 maart 1941, NJ 1941, 471; Rb. Assen 4 november 1947, NJ 1950, 33.

Voor wij nader ingaan op de ontruiming van onroerend goed, komt eerst de zogenaamde juridische levering, de verbintenis die tot eigendomsoverdracht verplicht, aan de orde.<sup>252</sup>

Voor een geldige overdracht worden drie vereisten gesteld die algemeen gelden: een zakelijke overeenkomst, een geldige titel en beschikingsbevoegdheid. Dat geen van deze drie vereisten zich voor reële executie leent, spreekt voor zich.

Voor het vierde vereiste, het inachtnemen van zekere formaliteiten bij de leveringsdaad, welke formaliteiten verschillen al naar gelang het gaat om lichamelijke roerende zaken, schuldvorderingen op naam en soortgelijke rechten, of onroerende zaken ligt dat anders. Het betreft hier de zogenaamde juridische levering, de verschaffing van de eigendom van het vreemde goed of het vervreemde recht zelf.

#### 4.2.1 Roerende zaken en schuldvorderingen

De overdracht van lichamelijke zaken zoals geregeld in art. 667 lid 1 BW.<sup>253</sup> geschiedt in principe door verschaffing van het bezit. Hier is reële executie mogelijk doordat de gerechtigde zich manu militari de feitelijke macht over de zaak toeigent. Immers hier geldt dat degene die het bezit heeft voor de buitenwereld eigenaar schijnt te zijn. Gaat het om een boek dat ik heb uitgeleend en wenst de wederpartij niet de overdrachtshandelingen te verrichten, dan kan ik zelf het boek uit de kast pakken en meenemen (ervan uitgaande dat aan de overige vereisten zoals betaling van de koopprijs als het een koopovereenkomst betreft, voldaan is).<sup>254</sup> De rechtbank Maastricht 14 november 1929, NJ 1930, 870 overwoog: 'De wet wil dat een eigenaar die bewijst dat een hem in eigendom toebehorende zaak onrechtmatig door een ander in bezit gehouden wordt, ook zal verkrijgen wat hij met het instellen der eigendomsactie heeft beoogd, namelijk het feitelijk bezit van het gerevindiceerde voorwerp hetwelk hij bij weigering van de houder om dit af te geven, enkel kan verkrijgen door reële executie'. Anders ligt het echter bij koop: wil de wederpartij niet meewerken aan het verrichten van de benodigde handelingen dan komt er geen koopovereenkomst tot stand nu een van de essentialia hiervoor ontbreekt. Zo mag ik niet zomaar een boek van de plank pakken in een boekwinkel en de koopprijs betalen. Het kan gaan om het laatste exemplaar van de oplage, welk exemplaar gereserveerd is door iemand anders.

Naast de eigenlijke bezitsoverdracht bestaan drie surrogaten, te weten de traditio brevi manu (de houder wordt tot bezitter), het constitutum possessorium (de bezitter wordt tot houder) en de traditio longa manu (een derde wordt houder voor de één in plaats van houder voor de ander). De vorm constitutum possessorium is hier irrelevant, aangezien het dan een schuldeiser en niet een schuldenaar betreft die niet mee

<sup>252</sup> Asser-Beekhuis I, no. 271 e.v.; Pitlo-Brahn, blz. 182 e.v.

<sup>253</sup> Vgl. Asser-Beekhuis I, no. 334 e.v.; Pitlo-Brahn, blz. 231 e.v. Zie ook S.E. Eisma, Verkrigging van aandelen op naam na invoering van het Derde Misbruikontwerp, WPNR 5763 (1985).

<sup>254</sup> Zo nodig kan aan de president in kort geding toestemming gevraagd worden dat eiser de zaak tot zich neemt met behulp van de sterke arm. Meijers-Vermeulen, blz. 233; Pres. rb. Amsterdam 12 december 1927, NJ 1928, 468; Pres. rb. Rotterdam, 19 april 1932, NJ 1934, 22.

wil werken. De traditio brevi manu daarentegen kan men wel reeel executeren. Heb ik een boek van A geleend dat ik later van deze A koop terwijl ik het boek nog in huis heb, dan zou het omslachtig zijn het boek eerst terug te geven om het vervolgens weer in ontvangst te nemen. De oplossing van art. 667 lid 2 BW is veel eenvoudiger: ik houd voortaan voor mezelf en niet langer voor A. Zou A niet mee willen werken, dan verkrijg ik toch het bezit en geld ik als eigenaar. Hetzelfde geldt voor de niet in de wet opgenomen traditio longa manu. Daar moet de derde voortaan voor mij gaan houden en niet langer voor de wederpartij. Denk aan het rijpaard dat in de manege gestald is en eerst aan mij geleend werd en dat na de koop mijn eigendom wordt, terwijl het paard in de manege blijft. Werkt de derde mee dan doet de latere onwil van de ex-eigenaar niet terzake omdat ik al eigenaar ben, werkt de derde niet mee dan zal een koopakte of een rechterlijke uitspraak de derde moeten overtuigen en zonodig kan na een rechterlijke uitspraak de zaak weggehaald worden. Wil de wederpartij al direct niets van de overdracht weten, dan ontbreekt de toestemming en komt geen overeenkomst tot stand.

De volgende categorie betreft de schuldvorderingen. Gaat het om een schuldvordering op naam dan zijn de leden 1 en 2 van art. 668 BW toepasselijk, gaat het om een order- of toondervordering dan geldt lid 3 van dit artikel. De overdracht van schuldvorderingen op naam geschiedt door middel van een authentieke of onderhandse akte<sup>255</sup> en wordt cessie genoemd. In eerste instantie zal men als volgt redeneren: de akte kan niet zonder medewerking van de cedent worden opgemaakt, omdat diens overdrachtsverklaring in de akte wordt opgetekend. Omdat de akte een vormvereiste voor de cessie is<sup>256</sup> en het een wilsverklaring betreft, zal reele executie niet mogelijk zijn. Gaat het om de overdracht van schuldvorderingen en andere rechten aan toonder, dan geschiedt de overdracht door aan de verkrijger het bezit van het papier te verschaffen, waarin de vordering of het recht belichaamd is. Bij rechten aan order moet voor overdracht nog een verklaring door de vervreemder op het papier gesteld worden.<sup>257</sup> Bij de vordering aan toonder geldt de bezitter als rechthebbende; wordt een vordering aan toonder verloren, dan kan de vinder de vordering opeisen (vgl. een treinkaartje). Wil de wederpartij niet meewerken aan de overdracht van een toondervordering, dan zou deze op het eerste gezicht gedwongen moeten kunnen worden tot afgifte. In de praktijk is dit moeilijker dan het op het eerste gezicht lijkt: men mag geen overval plegen of als zakkenroller optreden. Voor orderpapier is bovendien vereist dat de wederpartij een verklaring op het papier plaatst dat hij de vordering overdraagt, zodat het bezit van alleen het papier, zonder verklaring, niet voldoende is. De wederpartij zal de verklaring in principe zelf op het papier moeten plaatsen, omdat anders sprake zal zijn van valsheid in geschrifte.

Een andere wijze van redeneren is ook mogelijk. Is executoriaal beslag gelegd en vindt er een verkoop tegen opbod plaats (art. 469 Rv.) dan vindt de levering door de overgifte na de toewijzing plaats, hetgeen tevens de eigendomsoverdracht ex art. 667 BW inhoudt. De toewijzing is de rechtstitel waarvoor art. 639 BW spreekt en waarop de levering is gebaseerd. De executant die op grond van de wettelijke regeling van de executie en de executoriale verkoop bevoegd is om over het

<sup>255</sup> Asser-Beekhuis I, no. 360 e.v.; Pitlo-Brahn, blz. 232 e.v.

<sup>256</sup> HR 1 november 1928, NJ 1929, 533.

<sup>257</sup> Asser-Beekhuis I, no. 349; Pitlo-Brahn, blz. 247.

goed van de beslagene te beschikken, wordt daarbij door de deurwaarder vertegenwoordigd. Wat vorderingen aan order en op naam betreft valt op te merken dat als de feitelijke medewerking van de schuldenaar uitgeschakeld kan worden, de mogelijkheid tot reële executie bestaat. Zou de levering afhankelijk zijn van de medewerking van de beslagene dan zou deze eenvoudig de levering kunnen blokkeren. Zoals bekend is voor vorderingen op naam cessie (art. 668 lid 1 BW) en voor vorderingen aan order endossement (art. 668 lid 3 BW) noodzakelijk. Gaat het om een blanco-endossement van de vordering aan order (of aan toonder) dan is reële executie mogelijk nu de deurwaarder na verkoop door overhandiging kan leveren (vgl. de artt. 113 lid 2 sub 3, 176, 194 lid 2 sub 3 K). Voor de andere gevallen van vorderingen aan order of op naam moeten we ons afvragen of hier een gedwongen overdracht bij executoriale verkoop mogelijk is en zo ja, hoe dit geschiedt. Een met de artt. 529, 537i, 544 en 589 Rv. overeenstemmende bepaling aangaande de eigendomsovergang ontbreekt nu het niet om een registergoed gaat. Het lijkt me dat de executant op grond van de wet een eigen recht heeft om over de eigendom en i.c. de waardepapieren van de beslagene te beschikken en dat de deurwaarder namens de executant optredend kan leveren. In de gevallen dat endossement nodig is voor de eigendomsoverdracht zal de deurwaarder kunnen endosseren, moet de levering door cessie geschieden dan kan gecedeerd worden. De bevoegdheid hiertoe vloeit mijns inziens voort uit een ongeschreven regel in ons recht: de rechter moet ervoor zorgen dat de schuldeiser zo mogelijk kan verkrijgen waar hij recht op heeft. Deze conclusie volgt ook uit art. 3.11.4 NBW: een rechterlijke uitspraak kan een rechtshandeling vervangen. Wil men dit niet aannemen dan is de executie van deze waardepapieren onmogelijk en is geen reële executie mogelijk.<sup>258</sup>

#### 4.2.2 Onroerende zaken

De overdracht van onroerende zaken en de daarop rustende zakelijke rechten geschiedt door overschrijving van een notariële akte in de daarvoor bestemde openbare registers, aldus de artt. 671 en 671a BW.<sup>259</sup>

In de akte van overdracht worden de zaken die het voorwerp vormen van de overdracht of het zakelijk recht, individueel bepaald. Het betreft een tweezijdige akte, omdat voor de overdracht steeds een wilsverklaring van beide partijen nodig is. Meestal zien wij dat bij de overdracht van onroerend goed de obligatoire en de zakelijke overeenkomst uiteenvallen. De eerste wordt neergelegd in de 'voorlopige' koopakte, de andere in de notariële transportakte. Omdat de 'voorlopige' koopakte niet voor overschrijving in de registers bestemd is, kan haar overschrijving niet de eigendom doen overgaan.<sup>260</sup> We zien dat

<sup>258</sup> Zie ook Rechtsvordering art. 469 aant. 4 en art. 471 aant. 3. Zie voor aandelen de artt. 474g en 474h Rv. en het commentaar van Rechtsvordering art. 474g aant. 7 en art. 474h aant. 2.

<sup>259</sup> Asser-Beekhuis I, no. 387 e.v.; A.G. Lubbers in *Ars Notariatus* XXXII, blz. 59 e.v., spec. blz. 82; Mijnssen en Schut, blz. 72-74; Pitlo-Brahn, blz. 247 e.v.; P.A. Stein, WPNR 5652 (1983).

<sup>260</sup> HR 7 november 1862, W 2431; Rb. Maastricht 27 oktober 1927, NJ 1928, 932. Zie omtrent deze vraag A.D. Bonnet, WPNR 4230 (1952)



het toestemmingsvereiste in feite twee keer aan de orde komt.

Meer dan ergens anders zien wij bij de overdracht van onroerend goed, door het uiteenvallen in de tijd van de obligatoire en de zakelijke overeenkomst, de vraag wat er moet gebeuren in het geval dat na de obligatoire overeenkomst de koper aan zijn verplichtingen heeft voldaan, maar de verkoper verder weigert mee te werken om de transportakte te tekenen. De twee bekendste voorbeelden zijn waarschijnlijk te vinden in HR 11 december 1959, NJ 1960, 230 (Eelman-Hin) en HR 19 december 1969, NJ 1970, 154 (Lindeboom-gem. Amsterdam). Dat de verkoper wanprestatie pleegt zal duidelijk zijn, immers de verkoper is niet alleen tot feitelijke, maar ook tot juridische levering verplicht,<sup>261</sup> zodat vorderingen tot ontbinding van de overeenkomst, schadevergoeding en nakoming met een door de rechter opgelegde dwangsom of toepasbaar geachte lijfswang voor het geval de verkoper toch niet nakomt, mogelijk zijn.<sup>262</sup>

Blijkens Pres. rb. Amsterdam 12 november 1981, KG 1981, 166 mag een bevel tot medewerking aan de levering van een onroerend goed in kort geding slechts gegeven worden als zonder meer mag worden aangenomen dat ook in de procedure ten gronde een zelfde beslissing gegeven zal worden. Uit deze uitspraak blijkt dat de kort gedingrechter slechts een veroordeling tot levering wil uitspreken als er redelijkerwijs geen enkele reden tot twijfel is en dat als de zaak gecompliceerd is de langere weg van een gewone procedure gevolgd moet worden.

Kan echter de verkoper niet ook rechtstreeks tot levering gedwongen worden? In de vorige eeuw werd wel aangenomen dat het hier een verbintenis om te doen betrof,<sup>263</sup> in welk geval op grond van art. 1277 BW de mogelijkheid bestaat dat het vonnis de akte tot levering vervangt. De jurisprudentie die wel uitging van een verbintenis om te geven, was echter niet eenduidig en meermalen werd aangenomen dat een rechterlijke uitspraak de transportakte kon vervangen, meermalen ook werd het tegendeel beslist.<sup>264</sup> Voor- en tegenstanders van de

---

en Risico bij koop in verband met eigendomsovergang, diss. UvA 1953, blz. 116 e.v.; J.W. Crefelt, WPNR 4242 en 4254 (1952) en J.J. Terpstra, WPNR 4237 (1952).

<sup>261</sup> HR 9 mei 1969, NJ 1969, 338 en HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73.

<sup>262</sup> Pres. rb. Dordrecht 14 september 1977, BR 1978, no. 30, blz. 138 e.v.

<sup>263</sup> O.a. Rb. Almelo 21 april 1886, WNR 864, terwijl HR 4 mei 1875, W 3853 uitdrukkelijk had gesproken over een verbintenis om te geven.

<sup>264</sup> Dat de rechterlijke uitspraak de transportakte kan vervangen is de mening van o.a.: Rb. Utrecht 24 september 1841, W 270; Hof Leeuwarden 21 februari 1881, W 4652, bevestigend Rb. Assen 9 februari 1880, W 4496; Rb. Amsterdam 28 februari 1889, W 5682; Rb. Rotterdam 18 mei 1896, W 6862. Daartegen o.a.: Hof Gelderland 25 september 1844, W 544; Rb. Amsterdam 20 juli 1846, W 771; Rb. Almelo 12 mei 1858, Regtsgeleerd Bijblad 9, 1859, blz. 262; Rb. Amsterdam 28 november 1860, Regtsgeleerd Bijblad 12, 1862, blz. 24; Hof Noord-Holland 6 juni 1861, W 2301; Hof Drenthe 23 mei 1862, Regtsgeleerd Bijblad 14, 1864, blz. 615; Rb. Amsterdam 25 januari 1876, W 3977; Rb. Rotterdam 19 april 1886, W 5336; Hof 's-Gravenhage 7 maart 1887, W 5389; Hof 's-Gravenhage 25 oktober 1897, W 7067, vernietigend Rb. Rotterdam 18 mei 1896, W

reële executie van verbintenissen om te geven hielden elkaar nagenoeg in evenwicht.<sup>265</sup>

Op 23 juni 1899, W 7302, besliste de Hoge Raad het pleit in het voordeel van de tegenstanders van de vervangbaarheid door te beslissen dat de reële executie van een vonnis tot levering van onroerend goed niet mogelijk is. Behalve het argument dat onder 'akte' in art. 671 BW alleen te verstaan is een geschrift door of met medewerking van partijen tot stand gebracht ten einde van een overeenkomst tussen haar te doen blijken, is het opmerkelijk dat de Hoge Raad hier spreekt over een verbintenis om te doen!

Letterlijk overweegt de Hoge Raad: "O, dat uit de bij het middel aangehaalde artt. 639, 671, 1493, 1495, 1510 en 1511 BW volgt, dat de verkoper van onroerend goed verplicht is mede te werken tot het passeeren en -volgens hetgeen in deze als vaststaande is aan te nemen- tot het notarieel passeeren eener ter levering van dat goed in de openbare daartoe bestemde registers over te schrijven akte;

O, dat dus het bestreden arrest door niet-ontvankelijk verklaring van het tot veroordeling hiertoe strekkende eerste deel der primaire vordering evengemelde artikelen heeft geschonden, en 's Hof's bezwaar, dat deze veroordeeling, voor geene ten uitvoerlegging vatbaar zou zijn, hiertegen niet afdoet, omdat de omstandigheid dat men iemand niet tot het plegen eener daad kan dwingen, niet medebrengt, dat hij daartoe niet zoude kunnen worden veroordeeld, maar alleen, dat daarbij toepasselijk is de bepaling der artt. 1275 BW en 1279 BW, dat zoodanige veroordeeling zich oplost in vergoeding van kosten, schaden en interessen; (...)"

De kritiek die het arrest ten deel gevallen is, heeft zich steeds op de overweging aangaande het woord 'akte' en de uitleg daarvan gericht.<sup>266</sup> Kern van de kritiek is dat het door de Hoge Raad

---

6862.

<sup>265</sup> Tot de voorstanders behoorden o.a.: J. d'Aulnis de Bourouill, PUG blz. 18 en Themis 1876, blz. 44; Diephuis, Ned. burg. recht, deel VI (1849), no. 41-43; J.E. Goudsmit, Themis 1883, blz. 218; Hertzveld, PUG blz. 14 e.v., blz. 20; Henny, diss., blz. 58 e.v.; Land, Verklaring deel III 1, blz. 12 e.v.; Moltzer, diss., blz. 311 en PUG, blz. 2 e.v. en blz. 21 e.v.; G. Parser, Het declaratoir vonnis, diss. UvA 1903, blz. 30 e.v.; P. Scholten, in de 7e druk van Asser-Zakenrecht, blz. 175; Van Wijmen, diss., blz. 77 e.v. Tegenstanders zijn o.a.: Asser, Handleiding deel 3, blz. 140; Diephuis, Systeem, deel X, blz. 71; Fruin, PUG, blz. 13 e.v.; De Geer, PUG blz. 15 e.v.; Levy, PUG, blz. 11 e.v. en 19; Mulder, diss.; Opzoomer, V, blz. 86; Polak, blz. 70; Sipkes, diss., blz. 49 e.v.

<sup>266</sup> Asser-Beekhuis I, no. 395; H.P.J.M. Coebergh, Juridische levering, WPNR 3256 (1932); Eggens, WPNR 2785 (1923); Hofmann, Zakenrecht, blz. 191; Hofmann-Van Opstall, blz. 37-38; Pitlo-Bolweg, blz. 16; Pitlo-Brahn, blz. 252. H. Drion zegt in zijn noot onder HR 19 februari 1968, NJ 1968, 282 dat in casu geen tweede uitspraak nodig zou zijn als het eerste arrest door overschrijving in de registers reël executabel zou zijn. 'Als men aanneemt (mede in het licht van HR 28 juni 1963, NJ 507 en vooruitlopend op art. 3.11.4) dat de HR niet meer vasthoudt aan zijn standpunt van 23 juni 1899 W 7302 ...'

Minder aandacht wordt in de regel aan een ander aspect van het arrest besteed: in plaats van een wettelijk beletsel voor de nako-

gebruikte argument niet al te sterk is, nu in de artt 1217 BW, 318 K, 529 Rv., 59 Onteigeningswet en 6 Wet teboekgestelde luchtvaartuigen de overschrijving van een vonnis wel toegelaten is. Bedacht dient wel te worden dat een deel van deze artikelen tot stand gekomen is na de bestreden uitspraak en dat de wetgever daar juist alle mogelijke twijfel, die hij zelf misschien ook koesterde ten aanzien van het arrest, wilde wegnemen. Slechts weinigen stemden in met de uitspraak.<sup>267</sup> Alle kritiek van de doctrine ten spijt heeft de rechterlijke macht op een enkele uitspraak na, de leer van de HR tot voor enkele jaren trouw gevolgd<sup>268</sup> daarbij uitgaande van een verbintenis om te geven. De laatste jaren echter worden weer rechterlijke uitspraken gewezen waarbij verklaard wordt dat het vonnis c.q. arrest wel de plaats van de notariële transportakte of de door de verkoper op te maken akte kan innemen bij weigerachtigheid van de verkoper.<sup>269</sup> In WPNR 5624 heb ik enige kanttekeningen bij dit soort uitspraken geplaatst.<sup>270</sup>

Achtergrond van de controverse tussen rechtspraak en literatuur is een accentverschil. De HR ziet de medewerking van de verkoper tot het opmaken van de akte als de eigenlijke inhoud van de verplichting. Het gaat hier om 'facere' en dit betekent dat de verplichting niet via reële executie verwezenlijkt kan worden. De literatuur echter legt de nadruk op het bewerkstelligen van een verschuiving in de bevoegdheid ten aanzien van het goed. Daarbij gaat het om een 'dare' en kan de verschuiving wel onder dwang bewerkstelligd worden.

---

mingsactie, wordt art. 1275 BW de grondslag om aan het bevel tot nakoming kracht te kunnen bijzetten door middel van een voorwaardelijke veroordeling.

<sup>267</sup> Caroli, Themis 1900, blz. 573; Diephuis VI, blz. 110 e.v.; Land II, blz. 185-186; B.A. Droogleever Fortuin, De rechten van den koper van onroerend goed ingeval de verkoper onwillig is te leveren, WPNR 2646 (1920).

<sup>268</sup> De uitzonderingen vormen: Rb. 's-Gravenhage 8 april 1919, NJ 1919, 601; Rb. Roermond 5 februari 1920, W 10571. De hoofdregel volgen: Rb. Rotterdam 29 november 1915, NJ 1916, 1122; Rb. 's-Gravenhage 21 oktober 1920, NJ 1921, 33; Rb. Amsterdam 27 juni 1921, W 10758; Rb. Amsterdam 7 mei 1926, W 11573; Rb. Arnhem 27 december 1928, NJ 1930, 1086; Rb. Haarlem 29 juli 1941, NJ 1942, 185; Hof Leeuwarden 4 mei 1955, NJ 1956, 85.

<sup>269</sup> Rb. 's-Gravenhage 30 november 1976, NJ 1978, 13; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 1981, NJ 1981, 523 (Oudelaar, par. 27, baseert deze uitspraak, evenals het Hof zelf, op het tweede lid van art. 3.11.4 NBW; m.i. ten onrechte: het betreft het eerste lid nu het slechts een vervanging van de verklaring van de verkoper en niet van de gehele transportakte betreft); Hof Leeuwarden 3 maart 1982, WPNR 5616 (1982); Rb. Haarlem 19 februari 1985 NJ 1987, 51 en Pres. rb. Arnhem 21 augustus 1986, KG 1986, 419. Pres. rb. 's-Gravenhage 17 juni 1983, KG 1983, 222 gaf ex art. 1277 BW een machtiging af tot het doen verlijden van een notariële akte en ging kennelijk uit van een verbintenis om te doen.

<sup>270</sup> Niet uit het oog mag worden verloren dat er ook uitspraken voorkomen waarbij 'slechts' een bevel tot medewerking aan de akte van transport van het onroerend goed gegeven wordt, bijv. Pres. rb. Leeuwarden 4 januari 1984, KG 1984, 35 en Rb. Rotterdam 21 november 1910, WPNR 2185 (1911), blz. 532.

Volgt men niet de opvatting van de HR inzake de enge uitleg van het begrip "akte", dan kan mijns inziens een partij-akte door een vonnis vervangen worden, onafhankelijk van de vraag of het een verbintenis om te geven of om te doen betreft. Kiest men voor de verbintenis om te geven, zoals HR 14 mei 1875, W 3853 deed, dan kan aansluiting gevonden worden bij art. 1271 BW. Hierbij moet er dan van uitgegaan worden dat het recht op levering tevens de bevoegdheid in zich draagt zo nodig feitelijke dwang te gebruiken. Deze dwang heeft pas het beoogde resultaat wanneer niet alleen in de feitelijke situatie kan worden ingegrepen, maar de getroffen maatregelen ook tot wijziging van de rechtstoestand kunnen leiden. Wordt uitgegaan van een verbintenis om te doen dan zal een afweging volgen welk van de beide artikelen 1275 en 1277 BW hier de voorkeur krijgt en toepasselijk geacht wordt. Zelf meen ik dat art. 1277 BW een norm stelt om de rechten van de schuldenaar aan te tasten, als dit nodig is teneinde de rechten van de schuldeiser en de plichten van de schuldenaar te verwezenlijken en dat het artikel een ruime werkingssfeer heeft.<sup>271</sup> Opmerking verdient nog dat uit de artt. 671 en 671a BW niet blijkt dat de wetgever rechterlijk ingrijpen mogelijk geacht heeft; integendeel een notariële akte (d.w.z. een ten overstaan van een notaris opgemaakt geschrift, door of met medewerking van de betrokken partijen tot stand gebracht, om van haar wilsovereenstemming tot eigendomsoverdracht te doen blijken) werd sinds 1956 noodzakelijk geacht.<sup>272</sup> In de gevallen bedoeld bij o.a. de artt. 1117 lid 2, 1217 jo 1231, 1239, 1240, 1276, 1277, 1576r, 1623j en 1634 BW, 318 lid 2 en 757 lid 2 K, 117 lid 2, 122-124, 529, 770 lid 2 sub 2 en 772 lid 3 Rv, art. 6 lid 2 Wet teboekgestelde luchtvaartuigen en 59 Onteigeningswet, waarop vaak een beroep wordt gedaan, wordt de mogelijkheid voor rechterlijk ingrijpen wel geopend, zodat m.i. op deze artikelen geen beroep gedaan mag worden om te concluderen tot een mogelijkheid de notariële transportakte bij de levering van onroerend goed in geval van een onwillige verkoper te laten vervangen door een rechterlijke uitspraak.

Na hetgeen hierboven opgemerkt is, zal de vraag gerezen zijn waarom ik mij zo druk maak, omdat de koper via enkele praktische oplossingen<sup>273</sup> er niet slechter op wordt. Inderdaad vormt de dwangsom een effectief middel om de verkoper tot levering te dwingen.<sup>274</sup> Inderdaad

<sup>271</sup> Van Brakel I, blz. 49 en 50; Kisch, diss., blz. 183.

<sup>272</sup> Vgl. art. 100 lid 1 Ontwerp BW 1899: Overdracht van onroerende zaken geschiedt bij eene uitsluitend met dat doel opgemaakte notariële akte, houdende verklaring van den eigenaar, dat hij den eigendom op den verkrijger overdraagt, en van dezen, dat hij den eigendom aanneemt. Voor vestiging en overdracht van zakelijke rechten hielden de artt. 183, 209, 254 en 259 hetzelfde in.

<sup>273</sup> De koper kan zelfs in kort geding de veroordeling van de koper tot medewerking aan de transportakte op verbeurte van een dwangsom vorderen. Zie HR 2 december 1966, NJ 1967, 353 en hiertegen Mulder, WPNR 4989 (1968). Zie ook Hof Leeuwarden 2 november 1955, NJ 1957, 34; anders: Pres. rb. Amsterdam 26 september 1985, KG 1985, 313. Zie verder par. 8.7.2. Het ongedaan maken van de overdracht kan echter niet in kort geding behandeld worden: Pres. rb. Rotterdam 10 januari 1983, KG 1983, 99.

<sup>274</sup> Uiteraard is een vordering tot nakoming (zo nodig versterkt met een dwangsom) niet voor toewijzing vatbaar wanneer de verkoper

kan de 'voorlopige' koopakte die notarieel is opgemaakt en een clause bevat dat bij weigerachtigheid van de verkoper deze akte als transportakte gebruikt kan worden, ook als zodanig fungeren als de weigering van de verkoper is aangetoond.<sup>275</sup> Bovendien wordt straks het NBW ingevoerd waarin deze mogelijkheid wel bestaat. Dat toch op deze plaats zoveel aandacht aan deze vraag besteed is, komt omdat ik vind dat de koper geen genoeg hoeft te nemen met een surrogaat, hoe mooi dat surrogaat ook is. Toch moet ik, concluderen dat de vordering tot levering van onroerend goed helaas niet reeel executabel is. Reeds herhaaldelijk zijn er ontwerpen gemaakt om het BW te herzien; soms wilde men ook art. 671 BW aanpassen door in dit artikel op te nemen de mogelijkheid dat de rechterlijke beslissing in de plaats zou treden van de notariële transportakte.<sup>276</sup> Deze voorstellen hebben het nimmer

---

geen eigenaar (meer) is: waar niets is verliest zelfs de keizer zijn recht, vgl. HR 9 mei 1969, NJ 1969, 338 en HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73. In deze gevallen zal de koper in de regel genoeg moeten nemen met schadevergoeding. Uit het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1965, NJ 1965, 197, valt af te leiden dat hier sprake zal zijn van abstracte schadevergoeding, aangezien de HR besliste dat slechts het verschil tussen de verkoopprijs en de waarde van het verkochte goed op de dag van de wanprestatie als schade is te vorderen en geen voordeelstoerekening plaats dient te hebben. Vgl. Asser-Rutten I, blz. 190 e.v., Asser-Schut, blz. 268. Wist degene die naderhand van de verkoper verkreeg, van diens onwil om aan de oorspronkelijke koper te leveren, dan maakt hij zich schuldig aan een onrechtmatige daad, zodat schadevergoeding in natura, in casu het leveren van het betrokken onroerend goed, mogelijk is, vgl. HR 17 november 1967, NJ 1968, 42.

<sup>275</sup> Vgl. Rechtsvraag VI in WPNR 3590 (1938). Zie ook Hugenholtz, WPNR 3505 (1937), blz. 94 rk. en Lubbers, blz. 88.

<sup>276</sup> Zie hierover onder meer het voorstel van de Staatscommissie herziening der wetgeving op de eigendomsoverdracht van onroerend goed (1870), waar in het laatste lid van art. 671 BW wordt gezegd: 'Hij die zich tot de levering verbonden heeft, kan daartoe genoodzaakt worden bij vonnis, dat dezelfde kracht heeft, alsof hij in de overschrijving had toegestemd.' De Staatscommissie van 30 juli 1906, N 75 bracht in 1916 het tweede gedeelte van haar verslag uit en vervaardigde tevens een ontwerp van wet. Art. 671c luidde: 'Een regterlijk gewijsde, waarin de verplichting van eene der partijen wordt vastgesteld, mede te werken tot het opmaken van eene akte van overdracht en dat voldoet aan het in artikel 671a voor die akte bepaalde, treedt in de plaats van die akte.' Uit art. 671e bleek dat ieder der partijen het vonnis bij de hypotheekbewaarder kon inleveren. Voor de vestiging en overdracht van zakelijke rechten o.a. de artt. 671a, 671c en 671e van overeenkomstige toepassing verklaarden. Uit art. 720i volgde dat het vonnis terugwerkende kracht had tot de dag van inlevering der dagvaarding. Vgl. artt. 78 en 550 Ontwerp Rv. 1920 (ook wel genoemd Ontwerp Gratama) en in vervolg daarop de notulen van de vergaderingen van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, subcommissie Burgerlijke Rechtsvordering, 6e verg. 12 februari 1921, blz. 80 en 9e verg. 22 oktober 1921, blz. 112. Zie ook Heemskerk in zijn noot onder Pres. rb. Middelburg 18 augustus 1978, NJ 1979, 591 'Wetsontwerpen van 1870, 1898, 1916 en 1920 die dit punt regelden zijn blijven liggen' en Hugenholtz,

gehaald, terwijl te verwachten zou zijn dat wanneer het niet reeel executabel zijn van deze gevallen de meerderheid van de bevolking een doorn in het oog zou zijn, een wetswijziging niet lang op zich zou laten wachten. Anderzijds is wel een regeling tot stand gekomen voor de gedwongen levering van een schip. Door wijziging van het Wetboek van Koophandel bij wet van 22 december 1924, Stb. 573, is een regeling te vinden in de artt. 318 lid 2 en 318a K. Zie ook 721 Rv. dat in 1939 is vastgesteld in een nieuwe tekst, maar pas in 1952 in werking getreden is met ingang van 10 november 1952 en art. 757 lid 2 K, zoals dat geldt na de wetswijziging van 14 mei 1980, Stb. 233, nadat bij eerder genoemde wetswijziging uit 1939 art. 318a van overeenkomstige toepassing verklaard was en bepaald was dat onder akte begrepen werd een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, houdende veroordeling tot de levering. Bij wet van 28 juni 1956, Stb. 376 werd art. 671a BW opgenomen, maar ook toen werd niet handelend opgetreden. Tot slot verklaart minister Van Agt op blz. 900 van de Parlementaire Geschiedenis van het NBW, boek 3, dat hij niet wenst in te gaan op de suggestie van enige kamerleden om, hoe wenselijk het overigens ook moge zijn, een regeling overeenkomend met art. 3.11.4 NBW versneld in te voeren, aangezien deze wetswijziging niet urgent is door de mogelijkheden die de praktijk kent om het leed te verzachten dat de artt. 671 en 671a aanrichten.<sup>277</sup> Ook toen is een wetswijziging niet doorgezet, terwijl dat zeer goed mogelijk was. Hieruit trek ik de conclusie dat kabinetten en volksvertegenwoordigers het niet reeel executabel zijn van de vordering tot levering van onroerend goed geen al te groot probleem vonden, althans het niet zo'n groot probleem vonden dat wetswijziging noodzakelijk geacht werd.

Mezas zegt<sup>278</sup> dat ingeval van koop en verkoop met eigendomsvoorbehoud de verkoper naderhand, als de koper aan al zijn verplichtingen heeft voldaan, onwillig is zijn overdrachtsplicht na te komen, de koper een goede kans heeft de eigendom alsnog te verwerven. Voor het huidige recht zou indirecte reele executie verdedigbaar zijn: de rechter veroordeelt de verkoper op verbeurte van een dwangsom tot het met de koper opmaken van een akte inhoudende de zakenrechtelijke overeenkomst van overdracht, terwijl in het komend recht in dit geval directe reele executie mogelijk zal zijn op grond van art. 3.11.4 lid 1 NBW. Uit het bovenstaande zal duidelijk geworden zijn dat ik Mezas'

---

WPNR 3504 (1937).

<sup>277</sup> In 1966 werd aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten het Rapport inzake versnelling van de civiele procedure (bijlage bij Advocatenblad 1967, blz. 281 e.v.) aangeboden. Onder het hoofdje "reële executie" (blz. 309) wordt opgemerkt: "Op grond van de totale ongenoegzaamheid der thans vigerende regeling van dit ontwerp dringt de Commissie sterk aan op een spoedige tussentijdse invoering van de artt. 3.11.2-4 Ontwerp Burgerlijk Wetboek". Bij brief van 10 oktober 1968 werd een eindrapport aangeboden (Bijlage Advocatenblad 1968, blz. 755 e.v.) door een "Kleine commissie versnelling civiele procedure". Op blz. 766 blijkt dat deze commissie meent dat het hierboven genoemde voorstel niet of nauwelijks tot versnelling van de procedure kan bijdragen zodat zij het niet tot haar taak rekent er nader op in te gaan. Daarmee verdween ook dit voorstel in het archief.

<sup>278</sup> B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht, diss. KU Nijmegen 1985, blz. 112.

opvatting grotendeels onderschrijft, zeker voor het komend recht. Heeft de overschrijving eenmaal plaats gevonden dan kan de verkoper gedwongen worden tot de feitelijke afgifte van het goed. De verkrijger is eigenaar geworden en kan op grond van zijn zakelijk recht afgifte vorderen. In casu betekent dit ook de ontruiming van het goed.

Veel korter kan het spiegelbeeld van de zojuist genoemde situatie behandeld worden: de verkoper wenst aan al zijn verplichtingen te voldoen, maar de koper weigert zijn medewerking aan het opstellen van de transportakte. De verkoper is schuldeiser ten aanzien van de plicht van de koper om de koopsom te betalen en om mee te werken aan het opmaken van de transportakte. Ik meen dat de koper er niet alleen recht op heeft dat de eigendom aan hem wordt overgedragen, maar dat hij ook de plicht heeft hieraan mee te werken.<sup>279</sup> Heeft de koper voldoende activa in zijn vermogen (geld, geldswaardige papieren, etc.) dan zal via beslag de koopprijs binnen gehaald kunnen worden. Het lijkt me echter mogelijk om iemand tegen zijn wil eigenaar te maken. Enerzijds is dit m.i. te baseren op de ongeschreven regel dat de schuldeiser moet kunnen krijgen waar hij recht op heeft, anderzijds is anticiperende toepassing van de regeling van de artt. 3.8.21a, 5.5.6 en 5.6.8c NBW mogelijk. Een dwangsom zal weinig effect sorteren als iemand niet kan betalen. Of lijfswang toegelaten is voor dergelijke situaties lijkt me te betwijfelen. In dit soort gevallen is een veroordeling tot nakoming wel mogelijk, maar niet af te dwingen.<sup>280</sup>

Eenvoudiger is het voor de verkoper om van de koop af te zien, de rechter de koopovereenkomst te laten ontbinden met veroordeling van de onwillige koper tot schadevergoeding en om het onroerende goed te

<sup>279</sup> Zie hierover Asser-Beekhuis I, no. 397; Asser-Rutten I, blz. 280 e.v.; Diephuis XI, blz. 328; Pitlo-Bolweg, blz. 45 e.v.; Hof Leeuwarden 14 januari 1931, NJ 1931, 750. Asser-Schut, blz. 190, neemt geen plicht aan tot in ontvangstname en acht de koper alleen in verzuim. Hij wijst daarbij op HR 22 februari 1883, W 4879 en HR 2 januari 1931, NJ 1931, 913, waaruit zou blijken dat de Hoge Raad niet tot een aannemingsverplichting voor de koper besloot. Zie ook de blz. 216 e.v., 224 e.v. en blz. 129-130 waar blijkt, dat de weigering slechts tot gevolg heeft dat het risico bij de koper komt voorzover het nog bij de verkoper berustte. Daar blijkt ook dat, indien voor de eigendomsoverdracht een akte nodig is, de koper gewoonlijk gehouden is aan de totstandkoming ervan mee te werken. Vgl.: HR 8 november 1918, NJ 1918, 1242; HR 13 mei 1921, NJ 1921, 793; HR 29 december 1922, NJ 1923, 360; HR 9 maart 1923, W 11090. In Hof Leeuwarden 4 mei 1955, NJ 1956, 85 werd de vordering van de verkoper tot ontbinding van de koopovereenkomst toegewezen nu de koper verzuimde mee te werken en zo eventuele moeilijkheden, hieruit voortvloeiende dat de verkoper hetzelfde onroerend goed tweemaal heeft verkocht, uit de weg zijn geruimd. Zie ook Pres. rb. Amsterdam 26 september 1985, KG 1985, 313 waar, hoewel de verweren weinig kans op succes in het bodemgeschil lijken te hebben, de vordering tot medewerking aan de overdracht van een woning niet toegewezen werd, nu er geen bijzonder dwingend en spoedeisend belang bij de onmiddellijke overdracht bestond.

<sup>280</sup> HR 9 mei 1969, NJ 1969, 338 en HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73. In decisio 50 van Van Nieustad werd nog wel tot gijzeling veroordeeld.

verkopen aan een derde, ook al levert dit minder op, want het verschil in koopprijs is begrepen in de schadevergoeding. Het lijkt me aan te bevelen dat de rechter accoord moet gaan met de koopprijs van de tweede verkoop, omdat anders de eerste koper benadeeld kan worden door een verkoop tegen een te lage prijs aan iemand die met de verkoper samenspannt. De verkoper kan vervolgens op de gebruikelijke wijze de schadevergoeding incasseren.

#### 4.2.3 Dubbele verkoop

Ging het hierboven behandelde over het weigeren mee te werken aan de overdracht, in zekere zin het tegengestelde hiervan is de dubbele verkoop. Dit probleem zal zich niet licht voordoen bij de gevallen waar levering geschiedt door feitelijke overgifte, als wel bij de overdracht constitutum possessorium van roerend goed en bij de overdracht van onroerend goed. Het probleem zal zich ook niet voordoen bij cessie. Op 24 februari 1911 (W 9145) besliste de Hoge Raad dat de hoedanigheid van schuldeiser van de cedent reeds op de cessionaris overgaat door de akte van overdracht en dat de betekening slechts van belang is in de verhouding met de schuldenaar. Dit betekent dat ingeval van meervoudige cessie degene die zich op de oudste akte kan beroepen de werkelijke schuldeiser is, ook al zou hij de cessie later dan de andere cessionaris(sen) betekend hebben.<sup>281</sup>

In een aantal arresten met betrekking tot art. 592 BW is uitgemaakt dat degene die een zaak houdt voor een ander en vervolgens die zaak zonder toestemming van die ander wil gaan houden voor een derde, zich niet buiten die ander om tot houder voor die derde kan maken. Deze opvatting is van belang voor gevallen van dubbele overdracht door constitutum possessorium. Tevens valt af te leiden dat wanneer A eerst verkoopt en via constitutum possessorium levert aan B om vervolgens te verkopen aan C waarbij feitelijke levering plaatsvindt, deze laatste (C), beschermd wordt als derde te goeder trouw op grond van art. 2014 BW. Bij de dubbele verkoop van onroerend goed wordt eigenaar degene wiens transportakte als eerste in de registers wordt overgeschreven. De verkoper pleegt wanprestatie jegens de andere koper en zal schadevergoeding moeten betalen nu nakoming onmogelijk is omdat hij niet meer aan zijn leveringsplicht kan voldoen.<sup>282</sup> Is er nog niet getransporteerd, dan kan de eerste koper conservatoir beslag leggen op het goed tot verhaal van de schade die hij zal lijden door de wanprestatie van de verkoper. Daarnaast zal in kort geding een verbod jegens de verkoper gevraagd kunnen worden "om zijn medewerking te verlenen aan het verlijden van een transportakte aan een ander dan eiser", terwijl uit HR 2 december 1966, NJ 1967, 353, blijkt dat ook een gebod tot medewerking door de verkoper aan de transportakte van het onroerend goed aan de eiser gevraagd kan worden.

<sup>281</sup> Vgl. HR 24 februari 1911, W 9145; Hof Amsterdam 29 december 1943, NJ 1944, 329; Hof Amsterdam 5 juni 1946, NJ 1946, 745.

<sup>282</sup> Asser-Schut, blz. 126 e.v.; Schenk, blz. 159 e.v.; H.L. Wedeven, Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse goederen en diensten, WPNR 5018 (1968); HR 9 mei 1969, NJ 1969, 338; HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73. Zie ook P. Heurterre, TPR 1978, blz. 1161-1162, no. 22. Over dubbele pacht: Asser-Brunner, no. 63.



### 4.3 GEDWONGEN ONTRUIMING

Hoewel de gedwongen ontruiming veelal beschouwd wordt als de afgifte van een onroerend goed, roept de gedwongen ontruiming mijns inziens meer gelijkenis op met de rechterlijke machtiging tot het verrichten van een handeling. We zouden de gedwongen ontruiming kunnen zien als een gelegaliseerde vorm van 'inpijken': de deurwaarder (of de dienaar der openbare macht) fungeert als dwangvertegenwoordiger van de gerechtigde: de (ex-)eigenaar, nieuwe huurder, etc.<sup>283</sup> De gedwongen ontruiming is het uitvloeisel van de veroordeling tot afgifte van een onroerend goed aan de gerechtigde door bijv. de ex-eigenaar die het onroerend goed verkocht heeft maar er nog verblijft, de huurder die het huurbeding van art. 1230 BW tegen zich moet laten werken, omdat zijn huurovereenkomst gesloten is na de verhypothekering, of de tweede huurder ingeval van dubbele verhuur en waarbij zijn rechten moeten wijken voor die van de eerste huurder,<sup>284</sup> maar ook valt te denken aan geeindigde erfpacht,<sup>285</sup> onderverhuur met eindigende hoofdhuur<sup>286</sup> en krakers.<sup>287</sup> Omdat over de ontruiming van gekraakt onroerend goed het meest te doen is, dit het meest in de gepubliceerde rechtspraak voorkomt en de meeste literatuur hierover voorkomt, wordt hieraan de meeste aandacht besteed.<sup>288</sup>

<sup>283</sup> Het verdient aanbeveling, behalve de ontruiming ook een titel tot feitelijke verwezenlijking hiervan door dwangmiddelen met overheidshulp te vorderen. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 1976, NJ 1977, 178. We vinden hier een aanwijzing dat machtiging noodzakelijk is naast de veroordeling tot nakoming. Pres. rb. Assen 25 september 1986, KG 1986, 470 houdt dan ook een machtiging in om tot reële executie van de veroordeling tot ontruiming over te gaan.

<sup>284</sup> Vgl. Pres. rb. 's-Hertogenbosch 14 juni 1983, KG 1983, 208.

<sup>285</sup> Vgl. HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323.

<sup>286</sup> Vgl. HR 29 november 1985, NJ 1986, 276.

<sup>287</sup> Is er geen huurovereenkomst, dan is ontruiming mogelijk op grond van het eigendomsrecht dat dan niet doorkruist wordt door het huurrecht. Vgl. Pres. rb. 's-Gravenhage 31 augustus 1983, (als KG ongepubl. 1020 te vinden in Kluwer databank): belangengemeenschap om kraken te voorkomen tot 1 september 1983, is geen huurovereenkomst, maar overeenkomst sui generis. Andere gevallen van ontruiming zijn: Hof Amsterdam 13 juni 1974, NJ 1975, 85 en HR 2 mei 1975, NJ 1976, 273 (ontruiming van woonruimte door (ex)echtgenote hangende echtscheidingsprocedure c.q. verdeling huwelijksgemeenschap) en Rb. Middelburg 18 juni 1975, NJ 1976, 350 (ontruiming na eindigen gebruiksrecht). Zo ook art. 826 Rv. volgens wetsontwerp 19.242 (herziening echtscheidingsprocesrecht). Anders: Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 1976, NJ 1977, 392, een beschikking tot uitsluitend gebruik van de echtelijke woning verschaft geen executoriale titel voor ontruiming.

<sup>288</sup> Een beperkte greep uit de literatuur: J. ten Berg-Koolen, NJB 1983, blz. 214-216; I. Berkel-Kikkert, PRG 1983, blz. 267-271; A.H.J. van den Biesen, Onverwijde spoed, blz. 117-128; P. Ingelse, NJB 1982, blz. 65-74; W. Kingma, NJB 1982, blz. 437-439 (met naschrift Ingelse); het speciale "Kraken en ontruimen"-nummer NJB 1980, blz. 369 e.v. naar aanleiding van de casus 'De Grote Keyser'; T.M. Schalken, Algemeen Politieblad 1983, blz. 324-328; G.F. Scheltema, Onverwijde spoed, blz. 129-134; Schenk, blz. 162 e.v.; H. Stein, Ontruimingsgeschillen,

### 4.3.1 Strafrechtelijke aspecten

Degenen die zonder toestemming van de eigenaar in een pand verblijven, behoren daar niet, dat moge duidelijk zijn. Dat zij het pand moeten verlaten is echter makkelijk gezegd. Het eenvoudigst is het om de justitie in de zaak te mengen en om na een veroordeling op grond van de artt. 138 c.q. 139 Sr. (huis- c.q. lokaalvredebreuk) van de krakers de politie tot ontruiming over te laten gaan. Vereist daarvoor is dat het pand feitelijk in gebruik is. Een richtlijn van de minister van Justitie aan het Openbaar Ministerie, Nederlandse Staatscourant 15 juli 1980, nr. 134, geeft aan dat er sprake is van feitelijk gebruik, als uit feitelijke omstandigheden afgeleid kan worden dat het gebouw bestemd is voor bewoning door een bepaald persoon. Huizen die niet, nog niet of niet meer voor bewoning door een bepaald persoon bestemd zijn, zijn niet in gebruik in de zin van art. 138 Sr. Voor art. 139 Sr. geldt mutatis mutandis hetzelfde. Zijn de meubels bedekt met een laag stof en is er totaal geen post, dan levert dit al snel een vermoeden op dat er geen sprake is van een woonbestemming. Het opknappen van een pand om het tot bewoning geschikt te maken, valt nog onder het criterium van art. 138 Sr., maar in andere gevallen zullen de woorden 'in gebruik' door de rechter opgevat worden als 'feitelijk als woning in gebruik hebben'. De nadruk wordt aldus gelegd op de bescherming van het huisrecht (art. 12 GW).<sup>289</sup> Staat een huis al enige tijd leeg en wordt het te koop aangeboden of bevat een kantoorpand nog slechts

---

Adv.bl. 1986, blz. 309 e.v.; P.A. Stein, NJB 1983, blz. 202-208.

Op de ontruimingsmogelijkheid op bestuursrechtelijke gronden ga ik niet verder in. Ik wijs slechts op:

a. de bestuursdwang ter handhaving van een gemeentelijk bestemmingsplan (vgl. HR 4 april 1986, NJ 1986, 569) of een gemeentelijke anti-kraakbepaling (art. 210 lid 1 Gemeentewet);

b. na vordering van een woning, kan de burgemeester op grond van art. 12 lid 1 Woonruimtetwet 1947 opdracht tot ontruiming geven;

c. wegens het ontbreken van een woonvergunning kan de burgemeester opdracht geven tot ontruiming (art. 23 lid 1 Woonruimtetwet 1947);

d. de mogelijkheid tot ontruiming na onbewoonbaarverklaring die de Woningwet in de artt. 33 leden 3 en 4 en 39 biedt. (Dit betekent echter niet dat een bestaande huurverhouding van rechtswege zou worden beëindigd of een huurverhouding niet meer zou kunnen ontstaan, vgl. Pres. rb. Utrecht 4 januari 1977, PRG 1227) en

e. het bevel van de burgemeester tot ontruiming van gekraakte woonruimte op grond van (het nog niet ingevoerde) art. 13 Leegstandwet.

<sup>289</sup> HR 2 februari 1971, NJ 1971, 385; HR 16 november 1971, NJ 1972, 61; HR 4 januari 1972, NJ 1972, 121; HR 24 juni 1980, NJ 1980, 625; Pres. rb. Amsterdam 8 november 1984, NJ 1985, 184; door kraker gevraagde veroordeling van Officier van Justitie zich te onthouden van dwangmaatregelen geweigerd nu de laatste huurder ook na haar voortijdig vertrek door feiten blijkt heeft gegeven haar huisrecht te willen continueren. HR 13 december 1985, NJ 1986, 229. Zie ook Politierechter Utrecht 24 januari 1984, NJ 1985, 100.

oud kantoormeubilair en enige stellingen met archiefstukken, dan is er geen sprake van overtreding van de artt. 138 c.q. 139 Sr.; maar wordt een gemeubileerd huis waarvan de bewoonster enkele maanden ter verpleging in een ziekenhuis is opgenomen binnengedrongen, dan is het huisrecht geschonden en art. 138 Sr. overtreden.<sup>290</sup>

In enkele gemeenten is sinds enige tijd een zogenaamde anti-kraakverordening van kracht. Zo geldt vanaf 19 mei 1982 in de gemeente Nijmegen een 'Verordening tot wering van overlast als gevolg van het zonder toestemming van de rechthebbende in gebruiknemen van een gebouw'. Artikel 1 van deze verordening luidt: 'Het is verboden een gebouw, als bedoeld in artikel 1, eerste lid van de Woningwet, dat niet in gebruik is en waarin men zonder toestemming van de rechthebbende is binnengedrongen, zonder toestemming van de rechthebbende in gebruik te nemen of te houden, dan wel zich aldaar zonder toestemming van de rechthebbende te bevinden, nadat door of vanwege de rechthebbende is bevolen zich uit het gebouw te verwijderen'. Omdat aan dit soort verordeningen een ander motief ten grondslag ligt, bestaat er geen strijd met art. 138 Sr.,<sup>291</sup> zodat de gemeentelijke verordening niet onverbindend is op grond van art. 193 Gemeentewet. Enerzijds gaat het immers om de bescherming van de eigendom en de openbare orde, anderzijds gaat het om de bescherming van het huisrecht. Pas als er een wet, een amvb of een provinciale verordening tot stand komt op dit gebied, zullen de daarop betrekking hebbende gemeentelijke voorschriften ingevolge art. 194 Gemeentewet van rechtswege ophouden te gelden.

#### 4.3.2 De civielrechtelijke vordering tot ontruiming

##### 4.3.2.1 Twee uitspraken van de Hoge Raad uit 1977 en 1979

Al met al betekent het hierboven opgemerkte dat de rechthebbende zich buiten de gevallen van huisvrede c.q. lokaalvredebreuk en die waarbij strijd met de gemeentelijke anti-kraakbepaling(en) aangetoond kan worden (bijv. omdat de betreffende gemeente (een) dergelijke bepaling(en) niet kent), tot de burgerlijke rechter moet wenden. Dat

<sup>290</sup> A.Q.C. Tak, Het huisrecht, diss. RU Utrecht 1973; F. de Graaf, Rechtsbescherming van persoonlijkheid, priveleven, persoonsgegevens, diss. RU Utrecht 1977, blz. 111 e.v. Zie ook HR 14 april 1981, NJ 1981, 421 en Marten Toonder, Dit gaat te ver, Amsterdam 1983, blz. 123: "Doe iets", riep heer Bommel, uit zijn voertuig springend. "Jaag ze weg, neem ze gevangen, bedoel ik. Doe dan toch iets." "Hier kan ik niet veel doen", verklaarde de politiechef kalmerend, "dit is een leegstaand pand, dat gekraakt is, en dan staat de wet machteloos. Het spijt me. Het zou wat anders zijn als u niet al uw meubels naar de lommerd had gebracht, begrijpt u wel?"

<sup>291</sup> Zie HR 8 april 1980, NJ 1980, 330 over de vraag of art. 84 APV Arnhem (dat een vergelijkbare regeling inhield en inhoudt als het hier geciteerde Nijmeegse artikel) onverbindend zou zijn en Vz Afdeling Rechtspraak Raad van State 13 september 1985, KG 1986, 43 inzake art. 100 APV Ubbergen.

een kraker -gezien de strafrechtspraak- ondanks zijn illegaal verblijf in een woning wellicht aanspraak kan maken op bescherming van zijn huisrecht, betekent niet dat deze omstandigheid hem het burgerlijk recht om in de woning te verblijven (het woonrecht) verschaft, want daarvoor ontbreekt elke civielrechtelijke grondslag.<sup>292</sup> Vaak zal dit in kort geding gebeuren: het pand kan 'leeg' verkocht worden, er is belangstelling van huurders, etc. Aanvankelijk werd niet zo vaak naar het middel van het kort geding gegrepen, maar na het arrest van de Hoge Raad van 16 december 1977, NJ 1978, 561 (Hiep-Amrobank) is dit steeds meer gebeurd. Dit arrest bood, nadat de strafrechtelijke weg bijna afgesloten was, een opening langs de civielrechtelijke weg. De Hoge Raad ging hier in tegen de mening van de minister van Justitie, zoals uitgesproken in de Memorie van Antwoord bij het ontwerp van een anti-kraakwet, kamerstuk no. 12305, no. 5, dat een tegen één der krakers gewezen vonnis niet tevens tegen de overige bezetters kan worden tenuitvoergelegd, indien deze niet mede zijn gedagvaard. Kern van de beslissing is dat overwogen wordt dat tot 'de zijnen' behoren bij een zorgvuldig gezamenlijk uitgevoerde kraakactie al degenen die als gevolg van de kraakactie in de gekraakte lokaliteiten onderdak hebben gevonden en daarin en van daaruit geheel of grotendeels hun persoonlijke en maatschappelijke activiteiten vervullen, omdat van hen, tenzij het tegendeel aannemelijk is, moet worden aangenomen dat zij de toegang tot die lokaliteiten met wederzijdse hulp en toestemming hebben verkregen.

Een veroordeling van iemand tot ontruiming van een onroerend goed met al het zijne en de zijnen is een vanouds gebruikelijke en onmisbare constructie.<sup>293</sup> Van oorsprong kon de huurder die niet tijdig de huur voldeed tot ontruiming worden veroordeeld met vrouw, inwonende (meerderjarige en minderjarige) kinderen en inboedel. Gezinsleden horen toch bij elkaar, zoals ook blijkt uit de artt. 1:83 lid 1 en 245 lid 2 BW. Vertrok de huurder, dan moest ook de onderhuurder het veld ruimen.<sup>294</sup> Bezien we de artt. 71, 86, 432, 444a, 444b, 456, 474c lid 5-7, 475-479f, 490a en 538-543 Rv. in onderling verband dan blijkt dat de executie tegen derden-niet-procespartijen niet strijdig is met ons executierecht.<sup>295</sup>

Het bijzondere is dat in dit arrest voor het eerst de krakers als één groep gezien werden, terwijl tevens een maatstaf ontwikkeld werd voor de relatie bij gezamenlijk uitgevoerde kraakacties. Allen die aan het hierbovengenoemde criterium voldoen, kunnen genoodzaakt worden tot ontruiming. In een executiegeschil kan daarna de juiste grens getrokken worden. Daarbij is de bewijslast echter omgedraaid en rust deze op degene die de rechtmatigheid van de ontruiming te zijnen aanzien betwist, omdat hij niet tot de krakers behoort of een zelfstandige en individuele positie als kraker-bewoner inneemt. Dit heeft er ondermeer

<sup>292</sup> Hof 's-Hertogenbosch 16 december 1981, NJ 1982, 329.

<sup>293</sup> Zo wijst A.G. Berger (NJ 1978, blz. 1856 rechterkolom) erop dat in het Formulierboek Van den Honert in de (laatste) 10e druk en de 5e druk (1905) het slot van een dagvaarding tot ontruiming gelijklopend is en dat enige andere relatie dan deel hebben in het te beëindigen gebruik niet gesteld noch gevorderd wordt. HR 20 april 1916, NJ 1916, 586 en HR 29 november 1985, NJ 1986, 276.

<sup>294</sup> Pres. rb. Amsterdam 11 maart 1955, NJ 450 (executie ontruimingsvonnis ook tegen onderhuurder); nu geldt echter art. 1623k BW.

<sup>295</sup> Aldus al HR 20 april 1916, NJ 1916, 586. Zie ook HR 29 november 1985, NJ 1986, 276.

mee te maken dat van de ontruimende deurwaarder niet gevergd kan worden dat hij per persoon nagaat of deze kraker tot de groep behoort of een individuele positie inneemt; zeker niet nu krakers graag anoniem willen blijven. Daarnaast willen krakers als het goed uitkomt graag als groep gezien worden.<sup>296</sup> Andere rechtspersonen als de vereniging en de stichting kennen ook een wisselend deelnemersbestand dat gebonden is aan uitspraken tegen de rechtspersoon.

In HR 2 november 1979 NJ 1980, 154 (Knol-De Merel) werd het criterium 'de zijnen' aangescherpt: willen personen tot 'de zijnen' van de gedaagde (ex)kraker kunnen behoren, dan is voorwaarde dat deze gedaagde heeft deelgenomen aan de kraakactie zelf. De kraker moet dan behoren tot degenen die zelf met wederzijdse hulp en toestemming zich toegang tot het pand hebben verschaft, bijvoorbeeld door dit open te breken.<sup>297</sup> Bovendien werd overwogen dat een vordering tot ontruiming niet toegewezen kan worden tegen iemand die van het betreffende pand een zo kortstondig, vluchtig of beperkt gebruik maakt dat ontruiming geen passend middel is om de voortzetting van het gebruik, aangenomen dat dit onrechtmatig is, te beletten. In casu ging het om het stallen van een fiets, het geven van een cursus aan buurtbewoners en het houden van een buurtsprekkuur.

Aldus kunnen de volgende groepen worden onderscheiden:

- a. krakers-sec (bijv. experts die het pand openbreken, maar er niet zelf in gaan wonen);
- b. krakers-bezetters (krakers die in het pand gaan wonen);
- c. bezetters-niet-krakers (degenen die niet bij de kraakactie betrokken waren maar na enige tijd in het pand gaan wonen);
- d. bij het kraken betrokken personen die noch kraker noch bezetter zijn (bijv. degenen die het mogelijk maken dat de anonimiteit van de 'feitelijke bewoners' blijft bestaan en op eigen naam een vergoeding voor het gebruik van gas, licht en water overmaken aan het nutsbedrijf alsmede de 'huur' betalen; daarnaast valt te denken aan organisatoren en adviseurs), en
- e. niet krakers-niet bezetters, die kortstondig in het pand verblijven (bijv. opbouwwerkers en maatschappelijk werkers die buurtsprekkuur houden).

<sup>296</sup> Hof Amsterdam 16 februari 1979, NJ 1979, 536; Pres. rb. 's-Hertogenbosch 13 juni 1980, NJ 1981, 164; Pres. rb. Utrecht, 5 februari 1981, KG 1981, 68; Pres. rb. Arnhem 20 februari 1981, NJ 1981, 166; Pres. rb. Amsterdam 2 juni 1983, KG 1983, 191; Pres. rb. Arnhem 24 juni 1983, KG 1983, 211; Pres. rb. Amsterdam 16 februari 1984, KG 1984, 75; Hof Amsterdam 30 augustus 1984, NJ 1985, 177; HR 5 oktober 1984, NJ 1985, 445. Zie over groepsbelangen en -acties: E.J. Dommering, Algemene belangen in het burgerlijk recht, Monografieën Nieuw BW A 7, Davenport 1982; C.A. Groenendijk, Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter, diss. KU Nijmegen 1981; Ch. van Mierlo, Acties van belangenorganisaties in het civiele geding, AAe 1984, blz. 183-189; G. Schermers, Organiseren en procederen, WPNR 5805 (1986); M.J.P. Verburgh, Privaatrecht en kollektief belang, Zwolle 1975.

<sup>297</sup> Zie ook Hof Amsterdam 26 maart 1982, NJ 1982, 428 voor omstandigheden waaronder de andere bewoners van een kraakpand aan te merken zijn als 'de haren' en Hof Amsterdam 26 juni 1986, KG 1986, 386 over de gebruiker van een pand die in dusdanige relatie staat met de overige gebruikers dat deze als de "zijnen" kunnen worden gebruikt.

Uit dit arrest blijkt dat alleen de sub b genoemden tot de groep van 'de zijnen' behoren.<sup>298</sup> Naar mijn mening is daarmee een te strenge beperking aangebracht.

Waarom vordert de eigenaar ontruiming tegen iemand? Niet omdat deze tot de groep van oorspronkelijke krakers behoort en zich als een der eersten toegang heeft verschaft, maar omdat deze persoon bezetter is. Zou een pand 'symbolisch' gekraakt worden en slechts een uur bezet worden zonder dat vernielingen aangericht worden, waarna de krakers-bezitters het weer ontruimen, dan zal de eigenaar geen vordering tot ontruiming instellen. Het doel van de actie is echter juist het bezet houden, bewonen en gebruiken voor langere tijd en dit veroorzaakt de meeste schade.

Dat de oorspronkelijke krakers-bezitters een aparte groep vormen met een sterkere onderlinge band dan die tussen hen en latere bewoners of latere bewoners onderling, lijkt me niet in overeenstemming met de werkelijkheid. In sommige steden bestaan speciale kraakspreekuren om mogelijke krakers met elkaar in contact te brengen en zo te voorkomen dat weinig mensen in een groot pand zitten. Dat laatste wordt niet alleen onredelijk gevonden maar ook ontraden omdat het moeilijk is met weinigen een pand te behouden! Overigens, het zou dan erg gemakkelijk worden om ontruimingsbevelen te frustreren: groep 1 kraakt pand a en groep 2 doet hetzelfde met pand b, waarna de groepen binnen korte tijd van pand wisselen.

#### 4.3.2.2 De Huidenstraat-methode

Omdat een ontruimingsvonnis slechts in een beperkt aantal gevallen verkregen kon worden<sup>299</sup> werd naar andere mogelijkheden gezocht. De meest in het oog springende oplossing kreeg de naam van de straat waar het te ontruimen pand stond: de Huidenstraat.<sup>300</sup> Twee partijen contracteren over een gekraakt pand met aan de ene kant de eigenaar en anderzijds een aannemer, koper of huurder. De eigenaar verplicht zich daarbij tot lege oplevering van het pand. Als deze verplichting niet nagekomen wordt (wat meestal het geval is), wordt in rechte nakoming gevorderd. Daarbij wordt tevens een machtiging ex art. 1277 BW gevraagd om de algehele ontruiming zelf met behulp van de sterke arm<sup>301</sup> te realiseren voor het geval niet aan het veroordelend

<sup>298</sup> De president van de rechtbank te 's-Gravenhage echter sprak op 23 februari 1979 (zover ik weet niet gepubliceerd), dus vóór het arrest van de Hoge Raad, een ontruimingsvonnis uit tegen een hulpverlener met de zijnen, omdat hij mede verantwoordelijk geacht werd voor de kraakactie door zijn naam te lenen voor het aanvragen van een aansluiting bij het GEB waardoor gebruik van de panden mogelijk werd, ook al had deze hulpverlener nimmer in de betreffende panden gewoond. Anders: Hof Arnhem 10 maart 1980, NJ 1981, 590 en 591 (gewezen na het arrest van de Hoge Raad).

<sup>299</sup> Een van de bekendste gevallen is de ontruiming van een complex luxe appartementen aan de Prins Hendrikkade in Amsterdam; Pres. rb. Amsterdam 31 juli 1980, NJ 1980, 422.

<sup>300</sup> Hof Amsterdam 10 juli 1980, NJ 1980, 594. Al in 1976 werd echter van deze methode gebruik gemaakt, maar dat deed niet zo veel stof opwaaien en bleef bijna onbekend.

<sup>301</sup> Op grond van de artt. 28 en 35 Politiewet en gezien de bevoegd-

vonnis wordt voldaan. Tegen de vordering verweert gedaagde zich niet met als bedoeling dat de vordering conform de dagvaarding toegewezen wordt, want de belangen van eiser en gedaagde lopen parallel wat de ontruiming betreft. Hoewel de Amsterdamse rechtbankpresident weigerde dit soort vorderingen te honoreren,<sup>302</sup> werden door het Gerechtshof aldaar de machtigingen tot ontruiming wel verstrekt.<sup>303</sup> Bij beslissing van 14 januari 1983, NJ 1983, 267 heeft de Hoge Raad deze oplossing aanvaard voor het geval sprake is van een koopovereenkomst. Het arrest is niet eenstemmig ontvangen: P.A. Stein heeft een aantal kanttekeningen gemaakt, Heemskerk verdedigt de uitspraak, Oudelaar is neutraal en Van der Grinten reageert instemmend.<sup>304</sup> Gaan we de verschillende overwegingen na dan wordt allereerst opgemerkt dat de uitbreiding van 'de zijnen' tot 'allen' niet in strijd met het recht is: immers de koper moet kunnen krijgen waar hij recht op heeft (het ontruimde pand) en een beperking tot 'de zijnen' is daarbij niet op haar plaats. Hier lees ik dat de Hoge Raad van mening is dat als de mogelijkheid bestaat de gerechtigde moet krijgen waar hij recht op heeft en dat opgeworpen obstakels om dit te bereiken omzeild kunnen worden, tenzij de derde die deze obstakels opwerpt een zodanig sterk recht of belang heeft dat schending hiervan een onrechtmatige daad oplevert. In dat geval kan een executiegeschil worden uitgelokt door naar de president van de rechtbank in kort geding te stappen (art. 438 Rv.).<sup>305</sup>

---

heid uit hoofde van art. 219 Gem.wet bestaat er voor de burgemeester als hoofd van de politie een verplichting om politie-agenten ter beschikking te stellen van de deurwaarder die tot ontruiming wil overgaan; de burgemeester heeft een rechtsplicht om mee te werken aan de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken. Een beleidsvrijheid die in veel andere gevallen ten aanzien van het al dan niet inzetten van de politie ten behoeve van de handhaving van de rechtsorde kan worden erkend, ontbreekt in die gevallen. Die beleidsvrijheid bestaat slechts ten aanzien van de wijze en het tijdstip waarop die medewerking zal worden verleend. Zeker als een aanzienlijke mate van geweld niet zal zijn te vermijden heeft de burgemeester binnen redelijke grenzen de vrijheid om te beoordelen hoe en wanneer de operatie met de minst mogelijke gevaren voor het lijf en het goed van de betrokkenen en met de minst mogelijke verstoring van de openbare orde tot uitvoering kan worden gebracht. Vgl. HR 21 januari 1983, NJ 1983, 252, Pres. rb. Arnhem 20 december 1984, NJ 1985, 540 en Pres. rb. Amsterdam 23 januari 1986, KG 1986, 128. Zie ook C.W. Dubbink, Het verdwenen formulier van tenuitvoerlegging, NJB 1983, blz. 46 e.v. en H. Stein, Adv.bl. 1986, blz. 310.

<sup>302</sup> O.a. 5 maart 1981, KG 1981, 21 en 12 november 1981, KG 1981, 167.

<sup>303</sup> O.a. 10 juli 1980, NJ 1980, 594 en 26 maart 1982, NJ 1982, 428. Bij arrest van 8 januari 1982 werd de in de vorige noot genoemde uitspraak van 12 november 1981 vernietigd.

<sup>304</sup> Resp. in NJB 1983, blz. 302, noot onder het arrest in de NJ, Advocatenblad 1983, blz. 150 e.v. en in een noot bij het arrest in Ars Aequi november 1983, blz. 717 e.v.

<sup>305</sup> Pres. rb. Amsterdam 22 december 1983, KG 1984, 15; Hof Arnhem 23 januari 1984, NJ 1985, 141; Pres. rb. Amsterdam 16 februari 1984, KG 1984, 75; Pres. rb. Breda 6 november 1984, KG 1984, 349; Pres. rb. Amsterdam 21 november 1985, KG 1985, 385; Pres.

De derde kan ook de weg van het derdenverzet (artt. 376 e.v. Rv.)<sup>306</sup> kiezen, danwel de derde mogelijkheid, voeging of tussenkomst op grond van de artt. 285 e.v. Rv. vorderen.<sup>307</sup> In de praktijk zal de eerste mogelijkheid, het executiegeschil, veelal worden gekozen.

De uitspraak is in overeenstemming met het komend recht (art. 6.1.9.9 NBW) waar gebroken wordt met het beginsel dat schadevergoeding in geld luidt tenzij zich een bijzonder geval als dat van de artt. 1276 en 1277 BW voordoet<sup>308</sup> en dat uitgaat van de gedachte dat de schuldeiser in principe moet krijgen waar hij recht op heeft en dat hij zich de prestatie zo nodig buiten de medewerking van de schuldenaar mag verschaffen. Dat geldt niet alleen voor wanprestatie maar ook voor overmacht. Art. 6.1.8.4a NBW zegt dit uitdrukkelijk: "Is de schuldeiser wiens schuldenaar door een hem niet toe te rekenen oorzaak verhinderd is na te komen, desondanks in staat zich zelf door executie of verrekening het verschuldigde te verschaffen, dan is hij daartoe bevoegd". De bevoegdheid op grond van deze bepaling kan beschouwd worden als een gelegaliseerde vorm van eigenrichting.

We zien hier de opmerkelijke situatie dat wat de tot de prestatie verplichte schuldenaar niet kan verwezenlijken de daartoe gerechtigde schuldeiser via de weg van de reële executie wel kan bereiken. Van der Grinten zegt dan ook dat het merkwaardig gevolg van deze uitspraak is dat de koper (en mogelijk ook de aannemer en de huurder) sterker staat dan de verkopende eigenaar!<sup>309</sup>

In dit arrest was sprake van een koopovereenkomst tussen eiser en gedaagde. Is de uitkomst van een geding dezelfde als het gaat om andere overeenkomsten dan huur of aanneming van werk? Heemskerk meent in zijn noot in de NJ van wel, P.A. Stein twijfelt voor het geval van een aannemingsovereenkomst sprake is, omdat het belang van de aannemer bij het verwijderen van de krakers minder sterk is dan dat van een koper of huurder. De president van de rechtbank te Amsterdam 26 mei 1983, KG 1983, 185, wees inderdaad een ontruimingsvordering van de aannemer tegen de eigenaar af 'nu anders dan ingeval van koop en eventueel ook huur belang bij het verkrijgen van de vrije beschikking over het onroerend goed niet aanwezig is'. Het gerechtshof te Amsterdam had daarentegen op 27 augustus 1981, NJ 1983, 74

---

rb. Amsterdam 23 januari 1986, KG 1986, 128. Zie daarbij HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 over de taak van de rechter in kort geding in een geschil over de executie van een voorlopig uitvoerbaar ontruimingsvonnis.

<sup>306</sup> Pres. rb. Amsterdam 13 augustus 1984, KG 1984, 268; Pres. rb. Breda 6 november 1984, KG 1984, 349.

<sup>307</sup> Pres. rb. Breda 23 december 1983, KG 1984, 32 gelastte de aanhouding van deze zaak teneinde de onbekende bewoners (krakers) van de woning in de gelegenheid te stellen desgewenst als tussenkomende partij gehoord te worden en gaf een bevel tot oproeping van die onbekende bewoners. Pres. rb. Arnhem 29 juni 1984, KG 1984, 212; Pres. rb. Arnhem 14 april 1986, KG 1986, 200.

<sup>308</sup> Via het arrest HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos-v.d. Bosch) was in dit uitgangspunt al een behoorlijke bres geschoten.

<sup>309</sup> Enzo C.A. Kraan in stelling 6 bij zijn proefschrift "De authenticatie akte", diss. UvA 1984.



de vordering van een sloper al toegewezen.<sup>310</sup> Bij uitspraak van 27 december 1985, KG 1986, 51 oordeelde de Haagse rechtbankpresident dat de Huidenstraatmethode niet alleen bij koop toelaatbaar is en paste hij deze methode toe bij een huurovereenkomst. Ongetwijfeld zal de Hoge Raad geroepen worden een oordeel uit te spreken over dit soort andere overeenkomsten. Van der Grinten, *Ars Aequi* 1983, blz. 719 wijst er op dat een vordering tegen de eigenaar om het gebouw geheel ontruimd ter beschikking te stellen van hem die hierop contractueel recht heeft, verschilt van een ontruimingsvordering ingesteld tegen een bewoner die het gebouw onrechtmatig occupeer. Grondslag van de vordering tegen de (ex-)eigenaar is wanprestatie, grondslag van de vordering tegen de bewoner is onrechtmatig handelen. Dit verschil in grondslag laat ook verklaren dat het hier niet een ontruiming met de zijnen betreft, maar dat over alle zich in het gebouw bevindende personen en goederen gesproken wordt. De (ex-)eigenaar en de koper/huurder/aannemer/sloper hebben immers geen directe juridische relatie met de feitelijke bewoners van het pand en hoeven niet na te gaan of zij behoren tot een bepaalde groep, die van krakers-bezitters van het eerste uur, of dat zij buiten deze groep staan. Voor de (ex-)eigenaar c.s. zijn allen gelijk.<sup>311</sup>

Naar mijn mening wordt de door eigenaar en koper ingeslagen weg terecht niet door de Hoge Raad afgesneden. De wachtpost die langs deze weg gebouwd werd biedt voldoende controle-mogelijkheden. Is er sprake van een schijnovereenkomst dan worden de eigenaar en zijn contractant al snel teruggezonden. Daarnaast kan de weg afgesloten worden als de feitelijke bewoner een eigen recht kan aantonen of als er sprake is van buitengewone omstandigheden zoals ziekte van een der bewoners.

Dat de weg om ontruiming te verkrijgen door middel van de Huidenstraatmethode niet afgesneden werd, komt omdat degene die een gebouw bezet of kraakt geen rechtstitel heeft die in ons rechtssysteem wordt erkend. Degene die wel bepaalde rechten kan laten gelden als koper, huurder of aannemer moet de mogelijkheid hebben deze rechten te handhaven. Omdat krakers veelal hun identiteit verborgen houden of bewonerswisselingen optreden, blokkeren zij zelf de weg die de (ex-)eigenaar mogelijkwerwijze had willen inslaan. Dat (ex-)eigenaar en zijn contractanten dan een andere weg inslaan om het gewenste doel te bereiken, valt hen niet te verwijten. De eigenaar zal toch niet de bedoeling hebben zijn panden leeg te laten staan en aan weer en wind bloot te stellen?!

Omdat bij een procedure tussen (ex-)eigenaar en koper/huurder/aannemer de krakers niet in het geding betrokken hoeven te worden, bestaat de mogelijkheid dat zij niet op de hoogte zijn van het ontruimingsvonnis. De maatschappelijke zorgvuldigheid brengt met zich mee dat zij de gelegenheid krijgen hun spulletjes op te nemen en alsnog vrijwillig te vertrekken. Onverwacht bezoek is niet altijd welkom! De rechter zou in zijn vonnis kunnen bepalen dat de uitspraak pas na het verstrijken van een bepaalde termijn nadat de uitspraak aan de feitelijke bewoners meegedeeld is, kan worden tenuitvoergelegd. De mededeling kan via deurwaarder of postbode (een aangetekende brief)

<sup>310</sup> Zo ook Pres. rb. Arnhem 14 april 1986, KG 1986, 200.

<sup>311</sup> Blijkens HR 29 november 1985, NJ 1986, 276 valt de onderhuurder in principe onder "de zijnen".

geschieden. Wordt deze geweigerd door de feitelijke bewoners, dan mag worden aangenomen dat zij weten wat hun boven het hoofd hangt. Bestaat een te ontruimen pand uit meer aparte wooneenheden, zoals de luxe-appartementen aan de Amsterdamse Prins Hendrikkade, dan zal ook meer dan een exploit verzonden moeten worden. Bij dit alles realiseer ik me dat de feitelijke bewoners zo ook in de gelegenheid gesteld worden nog enkele versterkingen aan te brengen. Als de termijn niet te lang gesteld wordt en de politie toezicht houdt op het in- en uitgaan van personen en goederen is hier wel een mouw aan te passen. Krakers zijn toch ook mensen en tegenover je medemens behoort je zekere (beleefdheids)vormen in acht te nemen.

Nu 1 januari 1986 een deel van de Leegstandwet (Stb. 1985, 490)<sup>312</sup> in werking is getreden, is een nieuwe situatie ingetreden. In art. 18 sub B van deze wet wordt bepaald dat aan art. 5 eerste lid onder 2 Rv. een nieuwe alinea wordt toegevoegd die het mogelijk maakt anonieme krakers te dagvaarden. Blijkens de in de artt. 20 en 21 geformuleerde overgangsbepalingen treedt deze wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering echter pas in werking twaalf maanden na het tijdstip waarop de eerste fase van de Leegstandwet in werking treedt, derhalve op 1 januari 1987. M.i. kon tot die datum gebruik gemaakt worden van de Huidenstraatmethode. De Amsterdamse rechtbankpresident dacht daar bij vonnissen van 7 november 1985, KG 1985, 364 en 19 december 1985, KG 1986, 37 echter anders over. Zijns inziens ging-aat het niet (meer) aan dat, nu op 1 januari 1986 de Leegstandwet (gedeeltelijk) in werking is getreden en daarmee het dagvaarden van anonieme krakers mogelijk werd, getracht werd jegens krakers op een andere wijze een executoriale titel tot ontruiming te verkrijgen, dan door deze rechtstreeks in rechte te betrekken. Hij legde de overgangsbepalingen zo uit dat de wetgever de bezwaren verbonden aan de onmiddellijke inwerkingtreding van art. 5 NRv. (een verwachte hausse aan civielrechtelijke ontruiming, terwijl de gemeenten nog niet in voldoende mate zijn ingespeeld op de situatie in het kader van deze nieuwe wet) heeft doen prevaleren boven het belang van huiseigenaren bij onmiddellijke invoering ervan. Deze uitleg brengt naar mijn mening met zich mee dat tussen 1 januari 1986 en 1 januari 1987 het vrijwel onmogelijk zou zijn krakers een pand te laten ontruimen: de Huidenstraatmethode zou niet meer mogen en het dagvaarden van anonieme krakers was nog niet mogelijk. Dat kan nimmer de bedoeling van de wetgever geweest zijn. Teleologische interpretatie moet wel tot mijn opvatting leiden.<sup>313</sup>

Daarnaast is op grond van art. 18 sub E een nieuw art. 438b Rv. toegevoegd, waarin bepaald is dat, tenzij zulks onverenigbaar zou zijn met het belang van degene op wiens vordering het bevel gedaan wordt, de rechter bepalen kan dat een vonnis, waarbij aan anderen dan aan (gewezen) gebruikers krachtens een persoonlijk of zakelijk

<sup>312</sup> Vgl. Asser-Abas, no. 375 e.v.; M.E.L. Fikkers-van der Spek, De leegstandwet: verknippte wetgeving, BW-krant jaarboek 1986, blz. 49-77; P.A.M. Meijknecht, De Leegstandwet, AAe 1986, blz. 536 e.v. en J.A. de Mol, Leegstandwet gedeeltelijk in werking getreden, Nederlands tijdschrift voor sociaal recht 1986, blz. 12-15.

<sup>313</sup> Bij uitspraak van 20 februari 1986, KG 1986, 158, heeft het Amsterdamse gerechtshof de uitspraak van Pres. rb. Amsterdam 19 december 1985, KG 1986, 37 op het door mij bestreden punt vernietigd. Ook Pres. rb. Arnhem 14 april 1986, KG 1986, 200 achtte de Huidenstraatmethode nog mogelijk.

recht de ontruiming wordt bevolen van een gebouw onroerend goed of gedeelte daarvan, binnen een door hem te bepalen termijn niet ten uitvoer kan worden gelegd, onverminderd het recht van eerstgenoemde op schadevergoeding. Het derde lid voegt hier nog aan toe dat een dergelijk vonnis gedurende een periode van een jaar ten uitvoer kan worden gelegd tegen een ieder die ten tijde van de tenuitvoerlegging zich daar bevindt of daar binnentreedt en telkens wanneer dat zich voordoet.

In een kort geding tussen koper en verkoper sprak de Amsterdamse rechtbankpresident op 12 november 1981, KG 1981, 167 de mening uit dat de mogelijkheid die art. 1277 BW biedt, niet aan de orde komt wanneer er geen sprake is van onwil om de verplichting na te komen, maar er uitsluitend onmacht bestaat om een ontruimingsvonnis tegen de krakers te verkrijgen. Deze opvatting lijkt me minder juist. Art. 1277 BW is opgenomen voor het geval de verbintenis om iets te doen niet vervuld wordt. Het niet vervullen kan berusten op zowel wanprestatie (onwil en onmacht die de schuldenaar toegerekend kan worden) als overmacht (de niet-nakoming ten gevolge van een oorzaak die de schuldenaar niet kan worden toegerekend). Het lijkt me dat art. 1277 BW doelt op beide gevallen van niet-nakoming. In het laatste geval zou kunnen worden aangenomen dat de verbintenis blijft bestaan zolang uitvoering via de weg van de reële executie nog mogelijk is.

De hiervoor vermelde rechtspraak brengt echter niet mee dat al op voorhand een algemene machtiging tot ontruiming kan worden afgegeven tegen iemand die zonder recht of titel zich in een woning bevindt.<sup>314</sup> Uitgangspunt van ons recht is en blijft dat rechterlijke uitspraken slechts in een concreet geval gelding hebben en geen algemene werking kunnen hebben (vgl. art. 12 AB). Een vonnis is toch een beslissing voor een concreet geval, zodat dus ook de wederpartij geconcretiseerd moet zijn!

#### 4.3.2.3 Ontruiming op basis van een vonnis van de kantonrechter

Voor een dergelijke ontruiming zijn van belang de artt. 122-124 Rv. en de artt. 41 en 42 RO.<sup>315</sup> In de artt. 122 e.v. Rv. vinden we een speciale, versnelde, procedure om tot ontruiming van huizen, gebouwen, woningen, pakhuizen, stallen, zolders, kelders en andere onroerende goederen te geraken. Deze persoonlijke vorderingen eisen een spoedige afronding omdat ze gericht zijn tegen onwilligen die, door de ontruiming te vertragen, grote last en vaak niet te verhalen schade voor de verhuurder kunnen veroorzaken.

<sup>314</sup> Vgl. Pres. rb. Zwolle 16 maart 1984, KG 1984, 108 met Pres. rb. Zwolle 20 mei 1986, KG 1986, 301.

<sup>315</sup> Vgl. de aant. op deze artikelen in de losbladige uitgave Burgerlijke Rechtsvordering van Kluwer en in Van Rossem-Cleveringa; Star Busmann-Rutten no. 89, 90, 90a en 364; Jansen, Executie- en beslagrecht blz. 287-290. Zie verder hoofdstuk 8 "Reële executie in het procesrecht." In het Ontwerp Rv. 1865 bevatte boek 5 een titel IX Van de tenuitvoerlegging van vonnissen, waarbij ontruiming, inbezitstelling of handhaving in het bezit van onroerende goederen is bevolen (opgenomen in pre-adviezen NJV 1900 I, blz. 87-88 en 149-150).

Op grond van art. 41 RO zal de vordering bij de kantonrechter aanhangig gemaakt moeten worden en wel ex art 98 lid 1 sub 4 Rv. bij die van het kanton waar het onroerend goed is gelegen. De kantonrechter kan daarbij ongeacht het bedrag van de huur van de vordering kennisnemen, indien de huurder geen schriftelijk bewijs van bestaande, vernieuwde of verlengde huur te berde brengt en in gebreke blijft het perceel te ontruimen.<sup>316</sup> Op grond van art. 7 lid 2 Rv. kan de kantonrechter op mondeling verzoek van de eiser de dagvaardingstermijn verkorten, zodat we in feite een soort kort gedingprocedure krijgen, nu de dagvaarding van uur tot uur (de zondag daarbij ingesloten, wat gezien art. 14 Rv. uitzonderlijk is), mogelijk is.

Art. 42 RO regelt de bevoegdheid van de kantonrechter bij vorderingen tot ontbinding van de huur van huizen, gebouwen, etc. zoals die in art. 41 RO worden opgesomd wanneer de huur niet betaald wordt en dientengevolge van de ontruiming van deze onroerende goederen. Vereiste voor de bevoegdheid van de kantonrechter is wel dat over een jaar berekend de huur niet meer dan f. 5000,-- bedraagt. Blijft dit bedrag onder de f. 2500,-- dan is hoger beroep niet mogelijk. Hoewel art. 42 RO niet in de verwijzing van art. 122 Rv. opgenomen is, moeten de artt. 122-124 Rv. naar mijn mening wel toepasselijk geacht worden: of de ontruiming al dan niet als gevolg van de ontbinding wordt uitgesproken doet aan het spoedeisend karakter niets af. Huurzaken dienen naar mijn mening zoveel mogelijk in een kantongerechtsprocedure afgewikkeld te worden. Niet alleen is de kantonrechter gespecialiseerd in huurzaken, ook kunnen partijen zelf optreden wat kostenbesparend is. Zou de kantonrechter niet bevoegd geacht worden, dan zal een kort gedingprocedure gevoerd moeten worden. De president is immers bevoegd te oordelen in alle zaken waarin uit hoofde van onverwijld spoed een onmiddellijke voorziening wordt vereist, zonder dat daarbij enige beperking ten aanzien van de absolute competentie geldt. Overigens is het belang van de artt. 41 en 42 RO verkleind. De competentie in alle zaken van huur van gebouwd onroerend goed berust reeds algemeen bij de kantonrechter (vgl. art. 27 jo 1 Huurwet en art. 39 sub 5 RO).

Onder het 'andere onroerend goed' waarvan sprake is valt, gezien de bijzondere bepaling van art. 27 Huurwet, alleen nog ongebouwd onroerend goed, terwijl op grond van art. 129 Pachtwet voor pachtzaken de pachtkamer van het kantongerecht bevoegd is, zodat nog toegevoegd dient te worden de beperking 'niet zijnde verpachte goederen'. Wordt een vordering ingesteld tot ontruiming die gegrond wordt op het eigendomsrecht van de eiser en het zonder recht of titel het onroerend goed occuperen van de gedaagde, dan is de rechtbank bevoegd. Het gaat dan om een zakelijke vordering met onbepaalde waarde, zodat art. 53 RO geldt.<sup>317</sup>

<sup>316</sup> Vgl. Ktg. Meppel 14 mei 1970, PRG 811 (verzoek tot verlenging was te laat gedaan).

<sup>317</sup> In de uitspraak van de Haagse rechtbank dd. 2 maart 1950, NJ 1951, 112 werd de reele executie van een vordering tot ontruiming van een woning afgewezen omdat deze op onrechtmatige daad gebaseerd was en niet op het eigendomsrecht of een contractuele band tussen de procespartijen en mitsdien niet op de wet steunde. Evenals F.P.J. Perquin, Reele executie, NJB 1951, blz. 242 en Meijers-Vermeulen, blz. 232-233 acht ik deze uitspraak onjuist.

De procedure ex art. 122 e.v. Rv is met name van belang omdat op grond van art. 123 Rv. de kantonrechter de onmiddellijke tenuitvoerlegging van zijn vonnis bij voorraad kan bevelen niettegenstaande hoger beroep of verzet en dat zelfs op de minuut. Dat een vonnis uitvoerbaar wordt verklaard op de minuut komt echter weinig meer voor nu tegelijk met de minuut afschriften van het vonnis gemaakt kunnen worden.<sup>318</sup> Bovendien geven de deurwaarders degene die tot ontruiming veroordeeld is enige tijd om voordat de ontruiming aanvangt andere woonruimte te vinden of in ieder geval vrijwillig met het hele hebben en houden te vertrekken. Theoretisch lijkt het geval dat op een zondag gedagvaard wordt, dezelfde dag uitspraak gedaan wordt, geen copierapparaat voorhanden is en direct tot ontruiming overgegaan moet worden.

Daarnaast laat art. 124 Rv. de onmiddellijke ontruiming zonder verdere aanmaning of andere formaliteiten toe door de deurwaarder bijgestaan door twee door de kantonrechter benoemde getuigen. Gedachte achter deze bijstand door twee getuigen was enerzijds de bescherming van de deurwaarder wanneer de geexecuteerde weerstand zou bieden en anderzijds dat de executant beschermd moet worden tegen samenspanning van deurwaarder en geexecuteerde. Beide gronden zijn inmiddels achterhaald: de laatste omdat aan de onkreukbaarheid van de deurwaarder niet getwijfeld hoeft te worden, de eerste omdat de politie beter bijstand kan verlenen.<sup>319</sup> Bovendien was het voor de deurwaarder veelal moeilijk geschikte getuigen te vinden. Bij wet van 8 december 1971, Stb. 717 werd deze verplichting in een aantal artikelen facultatief gesteld: de artt. 440, 504, 537f, 537i, 564, 602 en 770b Rv. Gezien de uitzonderingspositie van art. 124 Rv. werd hier de verplichting niet facultatief gesteld.

Dat geen verdere aanmaning of andere formaliteiten vervuld behoeven te worden is niet geheel juist. Op grond van art. 13 lid 2 Deurwaardersreglement moet aan het college van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeente zo spoedig mogelijk meegedeeld worden wanneer tot ontruiming overgegaan zal worden. Daarnaast moet binnen 24 uur de minuut van het vonnis aan de veroordeelde betekend worden. Omdat de artt. 123 en 124 Rv. slechts een beperkt werkingsgebied kennen,<sup>320</sup> worden zij bij de algehele revisie die de (nog in te voeren) wet van 7 mei 1986, Stb. 295 (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6

<sup>318</sup> De Haarlemse rechtbankpresident overwoog op 27 oktober 1961, NJ 1962, 296 dat er geen termen bestaan een toewijzend vonnis in kort geding uitvoerbaar op de minuut te verklaren, wijl terstond na de uitspraak van het vonnis een grosse daarvan beschikbaar is. Net zo Pres. rb. Arnhem 1 februari 1984, KG 1984, 68 en Pres. rb. Haarlem 18 juli 1984, KG 1984, 233.

<sup>319</sup> HR 2 november 1922, NJ 1923, 87: de deurwaarder is bevoegd om aan een vonnis tot ontruiming feitelijke uitvoering te geven; bij daartegen gerichte pogingen mag hij zich waarborgen door het inroepen van de politie.

<sup>320</sup> In NJ 1980, no. 154 zijn bij het arrest HR 2 november 1979 als toepasselijke wetsartikelen o.a. de artt. 122-124 Rv. vermeld. De procesgang was President rechtbank-hof-Hoge Raad. De genoemde artikelen kunnen niet direct toepasselijk zijn geweest, hoogstens analoog. Het lijkt me dat de artt. 293 en 297 Rv. eerder voor toepassing in aanmerking komen. Hetzelfde geldt voor HR 14 januari 1983, NJ 1983, 267 (Sweelinck conservatorium) waar art. 124 Rv. toepasselijk geacht wordt.

NBW, eerste gedeelte) brengt, afgeschaft en vervangen door de artt. 555-558 NRv. die daarmee de zesde afdeling van de tweede titel van het tweede boek vormen en met de voorgestelde artt. 491-500 een uitwerking geven aan art. 3.11.2 NBW.

Uiteraard kan niet tot ontruiming worden overgegaan als in strijd met de goede trouw gehandeld zou worden. Zo sprak de Bredase recht-bankpresident op 13 december 1985, KG 1986, 39 een verbod uit om tot ontruiming over te gaan op grond van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de kantonrechter. De huurachterstand die aan dat vonnis ten grondslag lag bestond niet meer ten tijde van de inleidende dagvaarding, zodat aangenomen moest worden dat het ontruimingsvonnis niet gewezen zou zijn als de juiste feiten gesteld waren.

#### 4.3.2.4 De verkoop van onroerend goed op een veiling

Het is mogelijk dat onroerend goed via een veiling verkocht wordt,<sup>321</sup> bijvoorbeeld door de eerste hypotheekhouder die het beding van art. 1223 lid 2 BW gemaakt had, maar dat de eigenaar in het pand blijft, bijvoorbeeld omdat hij geen onderdak elders heeft kunnen vinden. Het gaat dan om een openbare veiling ten overstaan van een notaris (art. 537a e.v. Rv). Uit art. 436 Rv. blijkt dat aan de grossen van authentieke akten, binnen het koninkrijk verleden, en aan het hoofd voerende de woorden 'In naam der Koningin' dezelfde executoriale kracht wordt toegekend als aan de uitspraken van de rechter. In de praktijk zijn de begrippen authentieke akte en notariële akte bijna synoniem.<sup>322</sup> Dit betekent dat de overhandiging van een grosse van zo'n notariële akte aan de deurwaarder, deze de bevoegdheid tot executie geeft, met uitzondering van lijfswang (art. 434 Rv.). Het proces-verbaal van de veiling en de toewijzing door de notaris gevolgd door de inschrijving in de openbare registers, geeft zodoende de executoriale koper het recht om zonder nadere rechterlijke tussenkomst tot tenuitvoerlegging over te gaan en aldus hetzelfde resultaat te bereiken als wanneer de verkoper vrijwillig het pand ontruimd zou hebben. Dit resultaat valt uiteen in twee gedeelten: de eigendomsoverdracht en het verkrijgen van feitelijke toegang tot het pand in overeenstemming met de rechtstoestand.

Zoals het vonnis van de toewijzing na de verkoop voor de rechtbank overeenkomstig de artt. 522 e.v. Rv. een constitutief vonnis is dat degene aan wie is toegewezen tot gerechtigde maakt behoudens overschrijving en een rechtstitel van eigendomsovergang in de zin van art.

<sup>321</sup> P.L. Dijk, De kracht van de grosse van een notariële akte bij ontruiming, PRG 1978, blz. 164-168; Jansen, blz. 201 e.v.; Oudelaar, par. 97, 100, 102 en 103; P. Rodenburg, Ontruiming na executoriale verkoop. Parate executie door de koper? PRG 1981, blz. 365 e.v.; P.A. Stein, Zekerheidsrechten, hypotheek, derde druk, Deventer 1986, blz. 172 e.v., speciaal blz. 187-198; J.D.A. den Tonkelaar, Ontruiming op grond van een notariële akte, PRG 1981, blz. 141 e.v. n.a.v. Pres. rb. Arnhem 30 september 1980. Zie over cessie van op een veiling verworven kooprechten de discussie in WPNR 5752, 5753 (1985), 5770 en 5793 (1986).

<sup>322</sup> Ook consulaire ambtenaren en de ambtenaren van de burgerlijke stand kunnen authentieke akten opmaken. Zie ook hoofdstuk 7.

639 BW verschaft op grond van art. 529 lid 1 Rv., zo wordt de koper ook eigenaar door overschrijving van het proces-verbaal van toewijzing in de registers (art. 537i jo. 529 lid 1 Rv.).<sup>323</sup> Zo blijkt, anders dan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake art. 671 BW (waar het een vrijwillige verkoping betreft), dat hier de koper (bij een executoriale verkoping) door aanbidding van het vonnis c.q. proces-verbaal en de daarop volgende overschrijving in de registers eigenaar wordt. We hebben hier te maken met een zuivere vorm van reële executie. Verder kan ook de feitelijke situatie in overeenstemming gebracht worden met de rechtstoestand. Het rechterlijk vonnis is op grond van art. 529 lid 2 Rv. daarvoor de rechtstitel, zonder dat de ontruiming van het gekochte onroerend goed met zoveel woorden gevorderd of bevolen is.<sup>324</sup> De ontruiming vindt vervolgens overeenkomstig art. 124 Rv. plaats. Evenzo is het proces-verbaal van toewijzing titel tot ontruiming tegen de ex-eigenaar, ex-huurder, etc. met de zijnen, hetzij op grond van de wet, de artt. 537c jo. 529 lid 2 Rv., hetzij op grond van een overeenkomst. In dit laatste geval zullen de veilingvoorwaarden bijvoorbeeld de door de hypotheekhouder opgenomen bepaling bevatten dat de koper op de grosse van de veilingakte de eigenaar/bewoner tot ontruiming kan dwingen. De hypotheekgever schept dan een executoriale titel tegen zichzelf; hij tekent zijn eigen 'vonnis'. Hieruit blijkt dat op de grosse van een notariële akte men zichzelf de toegezegde prestatie kan verschaffen en dat reële executie op een notariële akte kan berusten.<sup>325</sup>

Echter: deze ontruiming kan alleen tegen de geëxecuteerde geldend gemaakt worden die het goed als eigenaar bewoonde en gebruikte. Men kan immers alleen een executoriale titel tegen zichzelf en "de zijnen" verschaffen, maar niet tegen derden (vgl. art. 1376 BW).<sup>326</sup> De bepaling van art. 529 lid 2 Rv. is niet als een uitzondering op art. 1612 BW of art. 34 Pachtwet te beschouwen en dit betekent dat wanneer verhuurd of verpacht is voordat het beslag gelegd werd op grond van art. 505 lid 4 Rv. de huur- c.q. pachtovereenkomst in stand

<sup>323</sup> Pres. rb. Haarlem 18 juli 1984, KG 1984, 233: is het proces-verbaal van toewijzing nog niet in de registers overgeschreven, dan is de eigendom nog niet overgegaan en kan de grosse van dat proces-verbaal nog niet ter effectuering van de beoogde ontruiming gebruikt worden. Zie ook Pres. rb. Breda 3 juli 1986, KG 1986, 357.

<sup>324</sup> Vgl. Van Rossem-Cleveringa, aant. 3 op art. 529 Rv.; contra: Rechtsvordering, die het bevel in het dictum eist, anders zal de ontruiming afzonderlijk -bijvoorbeeld in kort geding of in een geding voor de rechtbank- moeten worden bevolen.

<sup>325</sup> Aldus reeds Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 1917, NJ 1918, 358; Zie over de executoriale kracht van grossen van notariële akten hoofdstuk 7, De notariële akte basis voor reële executie?

<sup>326</sup> M.J.O.M. de Haas, Het huurbeding weer in een te ruime jas; art. 3.9.4.8. NBW en het belang van de hypotheekhouder, WPNR 5693 (1984) met reactie van P. Rodenburg en J.W.M. Russel in WPNR 5705 (1984); Oudelaar par. 103; Pres. rb. 's-Gravenhage 9 februari 1981, PRG 1981, 1651; Pres. rb. Amsterdam 12 januari 1984, NJ 1984, 448; Pres. rb. 's-Gravenhage 12 februari 1985, KG 1985, 67 (met commentaar van A.H.M. Santen in WPNR 5764(1985)); Kamerstuk 16.593, nr. 141A, MvA I, blz. 28. Zie ook W. Heuff, Hypotheek, monografieën Nieuw BW B 12b, Deventer 1986, no. 9 sub B, 15, 20, 23 en 24.

blijft.

Een mogelijkheid biedt nog art. 1230 BW, dat inhoudt dat als in de hypotheekakte een beding tot beperking van de verhuurbevoegdheid is opgenomen en dit beding in de openbare registers is aangetekend, de zonder toestemming van de hypotheekhouder tot stand gekomen huur of pacht niet tegen hem kan worden ingeroepen. Ook de koper kan zich op dit beding beroepen, mits het beding in de veilingvoorwaarden door de hypotheekhouder is ingeroepen.<sup>327</sup> De koper beroept zich dan op de nietigheid van de huurovereenkomst, wat tot gevolg heeft dat de bewoner zonder recht of titel het huis bewoont. De koper kan zich echter niet ontdoen van andere op het goed rustende verplichtingen dan een voor de verhypothekering tot stand gekomen huurovereenkomst door zich te beroepen op art. 1377 BW. Dit artikel is slechts geschreven voor de schuldeisers van de vorige eigenaar, terwijl het bijzondere geval van art. 505 lid 4 Rv. slechts aan de beslaglegger de mogelijkheid biedt er een beroep op te doen en niet aan de koper.<sup>328</sup>

De nieuwe eigenaar vindt art. 432 Rv. op zijn weg waarin een termijn van acht dagen wordt gesteld die na de betekening van het vonnis aan de in het ongelijkgestelde in acht genomen moet worden. Omdat art. 436 Rv. dit artikel niet van toepassing verklaart, blijft de notariale akte buiten schot.<sup>329</sup> Jansen, blz. 203, meent dat dit artikel niet op de ontruiming ex art. 124 Rv. toepasselijk is. De ontruiming is een realisering van een recht, dat krachtens wetsbepaling onafscheidelijk verbonden is met de executoriale eigendomsovergang. Het vonnis doet dan dienst als bewijsmiddel en niet specifiek als veroordelend vonnis.

Al met al blijkt dat de koper op een veiling voldoende beschermd wordt in zijn rechten en dat het inroepen van de hulp van de rechter om zich nog in het pand bevindende personen te laten verwijderen veelal niet nodig is. Of er is sprake van een geldige huurovereenkomst die tijdig aangegaan is en waar niets tegen te doen valt of de grosse biedt voldoende mogelijkheden tegen de ex-eigenaar en de huurder die het huurbeding tegen zich moet laten werken of het pand is gekraakt en dan zal de rechter er inderdaad aan te pas moeten komen, zodat op grond van de Huidenstraatmethode de ontruiming bewerkstelligd kan worden.

#### 4.3.2.5 Ontruiming van roerend goed

Tot nu toe is uitsluitend aandacht besteed aan de gedwongen ontruiming van onroerend goed. Immers ontruiming is de feitelijke afgifte van onroerend goed. Dat zou impliceren dat bij roerend goed geen ontruiming mogelijk is. Op het eerste gezicht lijkt dit te kloppen: bij de afgifte van een boek, een sleutel of een fiets spreken we niet van ontruiming. Toch is ook ontruiming bij roerend goed mogelijk! Vereist is dan dat men binnen in dat roerend goed kan komen. We moeten denken aan een autobus,<sup>330</sup> een boot, een caravan, een koets. De vraag is of

<sup>327</sup> Hof Leeuwarden 12 juni 1940, NJ 1941, 131; HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Anna en Albers); Pres. rb. 's-Gravenhage 12 februari 1985, KG 1985, 67.

<sup>328</sup> HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer-Haskerveenpolder).

<sup>329</sup> Vgl. par. 7.3.4.

<sup>330</sup> Vgl. HR 18 april 1935, NJ 1935, 887 en art. 67 Wet Autovervoer Personen.



voor degene die zich zonder recht of titel in een woonwagen bevindt en/of degene die de gehuurde auto gestolen heeft, het bovenstaande geldt. Het lijkt me wel. De rechtspraak laat zich er niet over uit. De uitspraken aangaande de ontruiming van onroerend goed worden daarop toegesneden, nergens wordt een algemenere opmerking omtrent de toepasselijkheid gemaakt. De wetgever geeft aan dat slechts gedacht is aan onroerend goed, zoals ook uit art. 122 Rv. blijkt. Een redenering naar analogie lijkt me mogelijk en voor dit soort gevallen ook wenselijk.<sup>331</sup> Dat betekent onder meer dat het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 1983, NJ 1983, 267 zo mogelijk van overeenkomstige toepassing is. Voor de eerdergenoemden in een woonwagen of caravan zal dat duidelijk zijn. Net zo echter voor de huurder van de uitgeleende auto die gerevindiceerd wordt. Dief, een eventuele nieuwe huurder, koper, etc. en eigenaar staan in dezelfde positie tot elkaar als kraker en eigenaar, zowel de dief, nieuwe huurder, etc. als de kraker kunnen geen recht tegen de eigenaar die executeert pretenderen. Zij staan buiten de rechtsverhouding die de eigenaar heeft respectievelijk met de lener/verhuurder en de aannemer/sloper, etc., en zullen zo nodig een executiegeschil moeten starten om hun 'rechten' niet in rook te zien opgaan.

#### 4.4 DOORHALING HYPOTHECAIRE INSCHRIJVING EN TRANSPORTAKTE

##### 4.4.1 Doorhaling hypothecaire inschrijving

Soms doet zich het feit voor dat het hypotheekrecht teniet is gegaan door volledige betaling, door het teniet gaan van het onderpand of doordat de ontbindende voorwaarde onder welke het hypotheekrecht verleend is in vervulling gaat.<sup>332</sup> Vindt in aansluiting hierop geen doorhaling van de hypothecaire inschrijving in de registers plaats, dan zijn schijn en werkelijkheid niet met elkaar in overeenstemming.<sup>333</sup> Veel bezwaren zal dit niet opleveren zolang geen nieuwe hypotheek verstrekt behoeft te worden of het onroerend goed niet verkocht hoeft te worden. Anders wordt het echter als dit wel het geval is. Hypotheeknemer en koper zullen er prijs op stellen het onroerend goed vrij van hypotheek en hypothecaire inschrijving te verkrijgen, anders gaat de transactie niet door. Is degene te wiens behoefte de hypothecaire inschrijving bestaat nog te achterhalen dan kan deze alsnog tot door-

<sup>331</sup> Vgl. voor de Bondsrepubliek Duitsland par. 885 ZPO.

<sup>332</sup> Art. 1253 BW wekt de indruk dat er slechts drie wijzen van tenietgaan van hypotheek mogelijk zijn, maar dat is onjuist. Asser-Van Velten, no. 369 e.v.; Pitlo-Brahn, blz. 561; Stein, hypotheek, blz. 149; Hof 's-Hertogenbosch 3 november 1903, W 8016. Zie ook Heuff, no. 25.

<sup>333</sup> Schijn en werkelijkheid stemmen ook niet overeen als door een onbevoegde verhypothekeerd is. De eigenaar van het onroerend goed kan dan de doorhaling vragen van de daarop door de onbevoegde verleende inschrijving op kosten van degene die de inschrijving deed plaatsvinden. Vgl. Rb. Breda 11 juli 1899, W 7357.

haling overgaan. Vervelender wordt het echter in de gevallen dat dit niet mogelijk is: de betrokkene is geëmigreerd, is overleden en de erfgenamen zijn onbekend, etc. Weliswaar bevat art. 1231 lid 2 sub 1 een verplichting voor de schuldeiser tot woonplaatskeuze, maar in de praktijk bevat de hypotheekakte deze woonplaatskeuze niet.<sup>334</sup>

Een aantal mogelijkheden is denkbaar, maar niet alle oplossingen zijn praktisch haalbaar of van praktisch belang, zodat deze slechts worden aangestipt. Aan het volgende valt te denken:

1. Direct bij de hypotheekverlening wordt een volmacht (op grond van art. 1240 lid 2 BW mag dat een onderhandse zijn) opgemaakt, waarin de hypotheeknemer de hypotheekgever machtigt wanneer de hypothecaire schuld geheel afgelost is, om opdracht te geven tot doorhaling van de inschrijving. Of de schuld voldaan is, zou dan aan de hypotheekbewaarder moeten worden aangetoond door de geldlener met behulp van kwitanties, bankafschriften, etc. Om fraude te voorkomen zou een termijn opgenomen kunnen worden waarna pas om doorhaling gevraagd zou kunnen worden door de hypotheekgever. Daarnaast zou bepaald kunnen worden dat duidelijk gemaakt moet worden dat de hypotheeknemer niet meer te achterhalen is via het bevolkingsregister of de Kamer van Koophandel. Is de wederpartij immers niet onvindbaar dan moet er de voorkeur aan worden gegeven dat deze om doorhaling verzoekt, er is dan niets te vertegenwoordigen, zodat van de volmacht bij voorbaat alleen gebruik gemaakt zou kunnen worden voor de gevallen dat de wederpartij onvindbaar is.

Het probleem dat zich zou kunnen voordoen is of de volmacht onherroepelijk mag zijn.<sup>335</sup> Aangezien het om een volmacht voor een bepaalde rechtshandeling gaat en de onherroepelijkheid gerechtvaardigd kan worden, lijkt het mij acceptabel. De rechtspraak eist de onherroepelijke volmacht ook bij geldleningen, speciaal de hypothecaire, waarbij bepaald wordt dat als de schuldenaar niet aan zijn verplichting voldoet om rente en aflossing te betalen, de schuldeiser volmacht verkrijgt om huursommen te cederen, huurovereenkomsten aan te gaan en op te zeggen, opdracht te geven tot het verrichten van reparaties aan het verbonden onderpand opdat dit in goede staat blijft, etc. Zelfs als we een scherper criterium kiezen en stellen dat de ander tegenover de volmachtgever het recht moet hebben, dat de rechtshandeling waartoe volmacht wordt verleend, verricht wordt,<sup>336</sup> wordt de onherroepelijkheid gerechtvaardigd en wel in de daardoor gegeven zekerheid dat de rechtsaanspraak van de ander gehonoreerd wordt.

2. De benoeming van een bewindvoerder op grond van art. 1:409 BW.

3. Doorhaling der inschrijving krachtens rechterlijk bevel gewezen tegen de hypotheekbewaarder. In art. 1239 BW wordt de mogelijkheid geopend om tengevolge van een vonnis de doorhaling van een inschrijving te bereiken. In deze bepaling is niet te lezen dat dit een vonnis moet zijn tussen hypotheekgever en hypotheeknemer. De wetgever zal wel (hoofdzakelijk) aan dit geval gedacht hebben, maar een uitspraak gewezen tegen de hypotheekbewaarder wordt door de bepaling niet uitgesloten. Een rechterlijke uitspraak in deze zin heb ik echter niet

<sup>334</sup> Pitlo-Brahn, blz. 520.

<sup>335</sup> Zie hierover Asser-Van der Grinten, I, no. 70 e.v.

<sup>336</sup> Zoals Van der Grinten doet in no. 72 onder verwijzing naar HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (Distilleerderij-arrest).

kunnen vinden.

4. Het verkrijgen van een vonnis tegen de hypotheekhouder ex art. 1239-1241 BW tot doorhaling van de inschrijving. Deze mogelijkheid zal vaak praktische moeilijkheden opleveren nu geest wordt een vonnis in hoogste ressort gewezen dan wel een onherroepelijk vonnis.<sup>337</sup> In dit geval is een der partijen "zoek". Daarom zal ook het andere vereiste moeilijkheden opleveren omdat een verstekvonnis pas onherroepelijk kan worden als dit aan de wederpartij betekend is of deze een daad verricht waaruit blijkt dat hem de uitspraak bekend is (art. 81 Rv.). Het Haagse gerechtshof verwierp deze mogelijkheid dan ook bij arrest van 4 mei 1966, NJ 1967, 249.

Wel zal aan de rechter de voorlopige tenuitvoerlegging van de uitspraak gevraagd moeten worden, omdat anders art. 80 Rv. een onoverkomelijk beletsel zal vormen: geen tenuitvoerlegging dan na verloop van acht dagen na de betekening aan de persoon of te harer woonplaats.

5. De laatste mogelijkheid waar ik de aandacht op wil vestigen betreft de toestemming tot roeyement door de schuldenaar/hypotheekgever zelf ex art. 1277 BW gegeven daarbij na verkregen rechterlijke machtiging de bevoegdheid van de hypotheekhouder uitoefenende.<sup>338</sup>

Deze oplossing berust op de volgende redenering. Als de schuld waarvoor de hypotheek als zekerheid dient teniet gaat, ontstaat de verplichting voor de hypotheekhouder om toestemming tot doorhaling van de hypothecaire inschrijving te geven. Deze verplichting bestaat in een doen. Als de schuldeiser niet aan deze verplichting voldoet, onverschillig wat de reden daarvoor is, kan met rechterlijke machtiging ex art. 1277 BW de hypotheekgever doen wat de hypotheeknemer had behoren te doen: toestemming tot doorhaling van de inschrijving geven en daartoe compareren bij de notaris voor het opmaken van een roeyementsakte. Aangezien de hypotheekbewaarder lijdelijk is,<sup>339</sup> lijkt me

<sup>337</sup> Zie voor een speciaal geval: Pres. rb. Haarlem 1 juli 1985, NJ 1986, 807.

<sup>338</sup> Zie de meer subsidiaire eis in Rb. 's-Hertogenbosch 16 december 1983, NJ 1984, 675. Zie ook al Hof 's-Hertogenbosch 15 april 1913, W 9590.

<sup>339</sup> Van de literatuur over het voorgaande en de (lijdelijkheid van de) hypotheekbewaarder is te noemen: Asser-Beekhuis I, no. 431 e.v. en 443-446; Asser-Van Velten, no. 394 e.v. (nb Van Velten zelf nuanceert de lijdelijkheid in no. 394 en 401); H.R. Heerema, Notariaat en negatief stelsel; openbaar register en kadaster, WPNR 5056 (1969); H.J. Holterman, De hypotheekbewaarder en het kort geding, WPNR 4203 (1951); J.H. Jonas, Lijdelijkheid, rede TH Delft 1936; E.A.A. Luijten, De bijzondere plaats van de "hypotheekbewaarder" naar geldend en komend recht, WPNR 5598 (1982); J.G.J. van Mourik, De betekenis van de doorhaling van hypothecaire inschrijvingen en een opsomming van verschillende beslissingen van de minister van financiën en rechterlijke uitspraken betreffende de wijze waarop doorhaling plaats heeft, WPNR 4153-4154 (1950); A. Pitlo, Prae-advies Broederschap der Notarissen in Nederland, Correspondentieblad 1953, blz. 227-301; Pitlo-Brahn, blz. 259 e.v. en 550 e.v.; M.R. Reuvers, Doorhaling van hypothecaire inschrijving en beslagen door middel van een vonnis in kort geding, WPNR 4197 (1951); H. Schuttevaer, De hypotheek-

dat deze mogelijkheid niet op bezwaren stuit.

Dat de hypotheekbewaarder lijdelijk is werd al in 1843 uitgemaakt (HR 14 april 1843, W 389) en is uitdrukkelijk bevestigd door de Hoge Raad in een uitspraak van 7 juni 1946, NJ 1946, 465.

De besliste zaak uit 1946 had de volgende casus. een zekere Abbas wilde in 1942 onroerend goed verkopen. Sinds 1933 rustte op het onroerend goed een hypotheek met bijbehorende hypothecaire inschrijving tot zekerheid van een aan Abbas verstrekte geldlening. Abbas stelde de geldlening in 1933 en 1934 geheel afgelost te hebben, de verblijfplaats van de geldschieter niet te kennen, zelfs niet te weten of deze nog in leven was, terwijl de koper levering vrij van hypothecaire inschrijving wilde. Royement op grond van art. 1240 BW kon niet verkregen worden en de koper dreigde Abbas in vrijwaring aan te spreken. Daarom vorderde Abbas in kort geding voor de president van de rechtbank dat deze hem zou machtigen overeenkomstig art. 1277 BW tot het zelf doen uitvoeren van de verbintenis van de geldlener/hypotheekhouder tot het geven van royement, zodat Abbas zelf bij notariële akte toestemming zou kunnen geven tot het doorhalen van de hypothecaire inschrijving en zelf overeenkomstig art. 1240 BW de hypotheekbewaarder zou kunnen machtigen tot de doorhaling van de inschrijving. De president verleende verstek tegen de hypotheekhouder en wees de vordering toe. De Staat en voor zoveel nodig de hypotheekbewaarder tekenden tegen dit vonnis derden-verzet aan en dagvaardden Abbas en de hypotheekhouder in kort geding. Geen der rechterlijke colleges honoreerde de vorderingen van de Staat c.s. waarbij o.a. werd gesteld dat naast de regeling van de artt. 1239-1241 BW, die de vordering tot royement van de hypothecaire inschrijving reël executabel maakt, geen plaats is voor een beroep op de algemene regeling van art. 1277 BW.

Nadat de Hoge Raad op 16 mei 1946 (NJ 1946, 464) beslist had dat aan de Staat c.s. het rechtsmiddel van derden-verzet niet toekwam aangezien van benadeling van rechten geen sprake was (vgl. art. 376 Rv.), volgde op 7 juni 1946 (NJ 1946, 465) de beslissing in de hoofdzak. Daarbij werd met een verwijzing naar de lijdelijkheid van de hypotheekbewaarder overwogen: 'In ons negatieve stelsel van openbaarheid komt aan de aantekening in het register dat een hypotheek is teniet gegaan niet de betekenis toe dat zij bindend vaststelt, dat de hypotheek inderdaad heeft opgehouden te bestaan, noch dat zij ten bate van derden, die op de doorhaling afaan geldt als waarheid. Met de bloot administratieve betekenis van de doorhaling hangt samen, dat enig onderzoek naar de juistheid van de gevraagde aantekening van overheidswege niet behoeft te geschieden en dat voor een verplichting van de hypotheekbewaarder tot toezicht op de rechtmatigheid der doorhalingen geen plaats is'.

In overeenstemming hiermee is de beslissing van het Haagse gerechtshof van 4 mei 1966, NJ 1967, 249: "De president in kort geding<sup>340</sup> was niet bevoegd bij zijn bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis geïntimeerden te machtigen, in geval van niet-voldoening aan het vonnis door de wederpartij de doorhaling ener hypothecaire inschrijving

---

bewaarder en zijn lijdelijkheid, WPNR 3953-3956 (1946); dez., De juridische en maatschappelijke betekenis van ons publicatiestelsel van onroerende zaken ('openbaar register' en 'kadaster'), een terreinverkenning 1820-1970, RM Themis 1970, blz. 325 e.v.; Stein, hypotheek, blz. 49-50 en 149-151.

<sup>340</sup> Pres. rb. Dordrecht 19 juni 1964, NJ 1965, 239.

op vertoon en uit kracht van het vonnis te doen geschieden. Geintimeerden toch zouden, bij gebruikmaking van deze machtiging, de doorhaling niet naar de eis van art. 1239 BW hebben kunnen bewerkstelligen krachtens een vonnis, hetzij in het hoogste ressort gewezen, hetzij in kracht van gewijsde gegaan

Wel stond het de president vrij geintimeerden krachtens art. 1277 BW te machtigen tot het doen verlijden van een notariële akte, onder overlegging waarvan zij alsdan de doorhaling hadden kunnen doen plaats hebben. De hypotheekbewaarder, aan wie een notariële machtiging tot doorhaling, welke formeel aan het vereiste van art. 1240 BW voldoet, wordt overgelegd, is verplicht noch bevoegd een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden, waaronder zodanige machtiging is tot stand gekomen.<sup>341</sup>

Als we nader ingaan op de verhouding tussen de artt. 1239-1241 BW en art. 1277 BW valt het volgende op te merken. In het privaatrecht moeten we ervan uitgaan dat iedere rechtsnorm in beginsel van toepassing kan zijn, ongeacht de vraag of een andere rechtsnorm ook toepassing kan vinden,<sup>342</sup> tenzij de bepalingen elkaar implicite uitsluiten: *lex specialis derogat legi generali*. Deze artikelen staan naar mijn mening naast elkaar. De rechtsgevolgen van de beide normen zijn op een verschillend doel gericht. Zij strekken tot bevrediging van verschillende rechtsbelangen. De regeling van de artt. 1239-1241 BW is "zakenrechtelijk" van opzet en strekt ertoe te bewerkstelligen dat als de schuld waarvoor hypothecaire zekerheid gesteld is, is afgelost, ook de hypotheecaire inschrijving uit de registers verdwijnt. De door art. 1277 BW gegeven mogelijkheid daarentegen is verbintenisrechtelijk en geeft aan dat als een verbintenis niet wordt nagekomen de schuldeiser niet altijd genoeg hoeft te nemen met schadevergoeding. In de artt. 1239-1241 BW gaat het om een vonnis gewezen tegen de hypotheekhouder, waarbij het probleem speelt van het verkrijgen van een onherroepelijk vonnis, terwijl art. 1277 BW een machtiging om de bevoegdheid van de hypotheekhouder uit te oefenen aan de hypotheekgever zelf inhoudt om toestemming tot roeyement te geven. Dat de weg van de artt. 1239 e.v. BW en die van art. 1277 BW verschillen blijkt bij een vordering in kort geding duidelijk: de eerste weg wordt onbegaanbaar, de tweede weg leidt nog wel naar het doel. De rechtspraak heeft dit duidelijk aangegeven.<sup>343</sup>

#### 4.4.2 Doorhaling transportakte

In nauw verband met het voorgaande staat de doorhaling van de transportakte in de openbare registers als gevolg van een rechterlijke uitspraak.<sup>344</sup> Correcer zou het zijn om zich af te vragen of een kant-

<sup>341</sup> Zie ook Pres. rb. 's-Gravenhage 29 maart 1979, NJ 1980, 74 en J.E. Fesevur, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984, blz. 146-147.

<sup>342</sup> Brunner, blz. 10 e.v.

<sup>343</sup> Zie ook Pres. rb. Arnhem 25 maart 1986, NJ 1986, 634 inzake een bevel tot doorhaling met toepassing van art. 1225 BW van een heringeschreven hypotheek.

<sup>344</sup> Zie W.H. Heemskerk in noot 2 onder H.R. 14 maart 1980, NJ 1980, 536; H.A. Drielsma, Doorhaling van een transportakte in de openbare registers als gevolg van een rechterlijke uitspraak, WPNR 5613 (1983).

melding dat de betreffende transportakte geacht moet worden van onwaarde te zijn op een ingevolge art. 671 BW in de openbare registers overgeschreven transportakte door middel van een rechterlijke uitspraak kan worden geeffectueerd (de transportakte wordt namelijk niet doorgehaald), maar dat is zo'n mond vol dat ik het hierna kortheidshalve maar bij de eerder genoemde typering (die ook als zodanig in het spraakgebruik voorkomt) zal houden.

Hiervoor hebben we aandacht geschonken aan de doorhaling van een hypothecaire inschrijving nadat bij rechterlijke uitspraak daartoe gemachtigd was. We hebben gezien dat twee wegen voor de hypotheekgever openstonden die naast elkaar bestaan: de weg van de artt. 1239-1241 BW en die van art. 1277 BW. De vraag die naar voren komt is of ook de transportakte doorgehaald kan worden als uitvloeisel van een rechterlijke uitspraak.

We moeten ons daartoe afvragen wat de gevolgen zijn van een uitspraak in hoger beroep die het vonnis vernietigt waarbij de bij voorraad uitvoerbare veroordeling uitgesproken werd tot het meewerken aan de overdracht van onroerend goed, zoals nader in de koopovereenkomst tussen partijen geregeld en onder gelijktijdige betaling van de koopsom. Hierbij moeten we onderscheid maken tussen de rechtstoestand en de feitelijke toestand.

Door de vernietiging van de overeenkomst c.q. het niet blijken te bestaan van de overeenkomst in hoger beroep, vervalt de rechtsgrond, de titel, tot levering van het onroerend goed en de betaling van de koopsom en wordt de rechtstoestand van voor het vonnis hersteld. Dit betekent echter niet dat ook de feitelijke toestand daarmee in de oude situatie hersteld is. De koopsom is onverschuldigd betaald en kan op grond van de uitspraak in hoger beroep teruggevorderd worden. Wat het onroerend goed betreft moet dit weer ten name gesteld worden van de oorspronkelijke eigenaar. De administratie moet weer in overeenstemming gebracht worden met de werkelijkheid. Gezien ons causale stelsel heeft de levering op grond van het vernietigde vonnis geen geldingskracht en is geen eigendomsoverdracht tot stand gekomen aangezien er geen geldige titel daartoe aanwezig was (vgl. HR 2 december 1966, NJ 1967, 353, Michel-Beverdam), zodat teruglevering niet mogelijk is: de 'nieuwe eigenaar' op wiens naam het onroerend goed geregistreerd staat is beschikkingsonbevoegd.

De oplossing om uit de impasse te geraken lijkt te liggen in de medewerking van (beide) partijen om de doorhaling van de transportakte in het register te bewerkstelligen. Wat als zowel de werkelijke eigenaar (dat blijkt uit de hoger beroepuitspraak) als degene op wiens naam het onroerend goed geregistreerd staat eendrachtig optreden? Wat als laatstgenoemde weigert mee te werken? Op dit laatste ingaande wil ik het volgende opmerken. Een regeling die overeenstemt met die van de artt. 1239-1241 BW ontbreekt, zodat we onze toevlucht moeten nemen tot de weg die art. 1277 BW biedt. Een veroordeling tot medewerking aan de doorhaling met zonodig rechterlijke machtiging om zelf datgene te bewerkstelligen wat de wederpartij had behoren te doen, lijkt me niet in strijd met het recht. Aan te bevelen valt om dit (in hoger beroep) te vorderen naast de vernietiging van de lagere uitspraak. Dit is niet alleen praktisch omdat de appèlrechter de zaak kent, het is ook veel sneller en minder kostbaar dan het voeren van een nieuw proces. Daarnaast kan de uitspraak in hoger beroep alleen gecasseerd worden wegens schending van het recht of verzuim van vormen terwijl bij een nieuw proces appel (waar de feiten nogmaals aan de orde komen en de

kans op een andersluidende uitspraak bestaat) en cassatie mogelijk zijn.

Dan komen we echter bij het kernprobleem: kan de bewaarder van de openbare registers de transportakte doorhalen of moet hij weigeren aan deze opdracht te voldoen? Uit de Koninklijke Besluiten van 8 augustus 1838 (Stb. 27) en 11 maart 1840 (Stb. 6) blijkt, in de artt. 15 resp. 5, dat doorhaling van hypothecaire inschrijvingen en beslagen mogelijk is. Geen regeling is echter gegeven voor de doorhaling van transportakten! Nu kunnen we heel gemakkelijk een regeling naar analogie opbouwen,<sup>345</sup> maar dat lijkt me niet in overeenstemming met de opvatting van de wetgever, terwijl ook de Hoge Raad hier niet van wil weten. Bij uitspraak van 9 juni 1905, W 8241 werd overwogen:

'dat immers het BW en dat van BR, (bedeeld is Rv., AWJ) even nauwkeurig als tot bepaalde gevallen beperkt, voor dezen ambtenaar meer dan een voorschrift van doen en laten bij het houden zijner registers bevatten, daaraan toevoegend aansprakelijkstelling voor het opvolgen daarvan, aanwijzing van den burgerlijken rechter als bevoegd om hem zekere bevelen te geven en aanwijzing van degenen, die zoodanig bevel mogen uitlokken; dat tot die bevelen niet behoort een last tot doorhalen van door den bewaarder overeenkomstig art. 671 BW op de openbare registers overgeschreven titels van aankomst van onroerend goed, zoals ten aanzien van daarop voorkomende hypothecaire inschrijving mag gegeven worden ingevolge de artt. 1239, 1240, 1257 BW, 557 en 561 BR; dat bij de toelichting van het cassatiemiddel het beroep op deze voorschriften te recht wordt aangedrongen door verwijzing tot de artt. 1302 en 1303 BW uit welke volgt, dat het ontbindingsvonnis de kracht der overschrijving van de koopakte te niet doet.'

Uit het arrest kan de conclusie getrokken worden dat de opdracht tot doorhaling van de transportakte door de bewaarder geweigerd zal mogen worden en dus geen effect zal hebben. Dit is in zekere zin teleurstellend want zo zou de onwillige, door de rechter in het ongelijk gestelde, koper de rechten van de verkoper kunnen frustreren. Weliswaar blijkt de verkoper steeds eigenaar gebleven te zijn, maar nu hij niet als zodanig in de registers vermeld wordt, zal de koper een aanpassing van de registers wensen. Daartoe zal de als gerechtigde zijn medewerking moeten verlenen: het is een persoonlijke prestatie. Een eventuele dwangsom die verbeurd wordt, hoeft niet tot gevolg te hebben dat de medewerking tot doorhaling verleend wordt en zo kan de verkoper in financiële moeilijkheden raken als hij de koopsom te snel heeft teruggestort of op een geblokkeerde rekening geplaatst heeft. Werken de werkelijke eigenaar en de als zodanig geregistreerde samen, dan kan het onroerend goed eventueel met wat kunstgrepen toch 'teruggeleverd' worden of zodontig aan een derde geleverd worden.

De praktijk is echter vindingrijk en biedt ook nu een oplossing voor het probleem: de uitspraak waarbij de koopovereenkomst ontbonden werd verklaard wordt in het register overgeschreven met daarnaast de

<sup>345</sup> Rb. Rotterdam 20 februari 1911, W 9183 overwoog: "... waar de wet dit ten deze niet verbiedt, is de rechtbank bevoegd te gelasten datgene wat door de uitvoering harer uitspraak nodig is, nl. dat de hypotheekbewaarder de door de liquidateuren verkochte onroerende goederen der naamloze vennootschap weer ten haren name stelt."

aantekening dat deze uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.<sup>346</sup> Daarbij moet de opmerking gemaakt worden dat er geen wettelijk voorschrift is dat deze overschrijving eerst of hiertoe verplicht. Aangezien de bewaarder de rechtszekerheid en de rechtsveiligheid in het oog houdt, zal tot overschrijving worden overgegaan: wel vaker worden aantekeningen geplaatst naast de inschrijving (vgl. art. 1727 BW, vermindering van de hypothecaire hoofdsom, verandering van schuldeiser door cessie of boedelscheiding) of overschrijving verricht zonder dat daardoor wijziging in de eigendomstoestand wordt gebracht.<sup>347</sup> Al met al is dit een gekunstelde constructie die lang niet ieder zal willen aanvaarden. Ik zou er dan ook voor willen pleiten een wetsbepaling op te nemen die duidelijk doet uitkomen dat de doorhaling van de inschrijving van de transportakte mogelijk is. Daarbij speelt mee dat de regeling die het NBW brengt in de artt. 3.1.2.1 e.v., speciaal art. 3.1.2.2, 3.1.2.10 en 3.1.2.10a, geheel afwijkt van de huidige. Bovendien betreft het executierecht en uit de aard daarvan dwingend recht.<sup>348</sup> Anticiperende interpretatie zal daarom nagenoeg uitgesloten zijn.<sup>349</sup>

<sup>346</sup> Drielsma geeft in noot 7 aan dat, met verwijzing naar HR 9 juni 1905, W 8241, de doorhaling van een transportakte krachtens een vonnis van de afdeling Rechtspraak van de Raad voor Rechtsherstel werd geweigerd; op grond van art. 18 lid 1 Besluit herstel rechtsverkeer (Stb. E 100) werd het vonnis overgeschreven, vgl. PW 15217.

<sup>347</sup> Vgl. Resolutie 16 augustus 1955, nr. 133, PW 16278. Hier werd de plicht tot overschrijving van een strafarrest van het gerechtshof te Amsterdam aangenomen. In het arrest was de nietigheid van de aan de overdracht ten grondslag liggende overeenkomst geconstateerd. De overschrijving mocht niet geweigerd worden omdat aan belanghebbenden de gelegenheid dient te worden geschonken om al datgene te publiceren door overschrijving in de openbare registers wat van belang kan worden geacht voor de beoordeling van de rechtstoestand van een onroerend goed.

<sup>348</sup> Dat wetsontwerp 18.998 (elfde gedeelte Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, aanvulling Overgangswet) in de MvT, nr. 3, blz. 61 vermeldt dat art. 3.9.4.20 bij de invoering van het NBW onmiddellijk gaat werken voor alle hypotheeken die voor doorhaling in aanmerking komen, acht ik geen argument van doorslaggevende betekenis.

<sup>349</sup> Zo werd door HR 7 mei 1982, NJ 1982, 561 ook geen anticiperende toepassing van het ontwerp van wet tot herziening van het Scheidingsprocesrecht en het omgangsrecht in verband met scheiding geaccepteerd. HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213: geen anticiperende interpretatie van art. 6.1.10.7 NBW (verrekening na overgang vordering). In HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18 vond aanvaarding plaats van een stelsel dat in overeenstemming is met het nieuwe executie- en beslagrecht zoals voorgesteld in het eerste gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (vgl. Stb. 1986, 295); het betrof een uitleg van art. 505 (N)Rv. die past in het stelsel van de wet. Vgl. ook HR 25 april 1986, NJ 1986, 567: anticipatie op procedurele regels niet mogelijk, HR 25 april 1986, NJ 1986, 714: anticipatie op materieel rechtelijke voorschriften wel mogelijk. Zie over anticipatie in het algemeen: A.M.J. van Buchem-Spapens, *Anticipatie*, monografieën Nieuw BW A 23, Deventer 1986, no. 16.



## 5.1 DE ONZIJDIG PERSOON (ART. 1117 BW)

Het is niet moeilijk om binnen het erfrecht een bepaling te vinden die inhoud geeft aan het begrip reële executie. De meest in het oog springende bepaling is art. 1117 BW, handelend over de onzijdig persoon.<sup>350</sup> Op grond van art. 1112 BW is boedelscheiding steeds mogelijk:<sup>351</sup> niemand is genoodzaakt in een onverdeelde boedel te blijven en de boedelscheiding kan niettegenstaande enig daarmee strijdig verbod, te allen tijde worden gevorderd. Voor de scheiding en deling, het opheffen van de onverdeeltheid, is de medewerking van alle deelgenoten vereist, want hun aller recht is ermee gemoeid.<sup>352</sup> Weigert een der deelgenoten mee te werken (dit kan ook een wettelijke vertegenwoordiger zijn!) om zo de boedelscheiding te frustreren en derhalve de boedel toch onverdeeld te houden, dan kan de rechtbank binnen welker arrondissement de nalatenschap is opengevallen, de boedelscheiding bevelen. Het spreekt vanzelf dat wanneer de rechter de boedelscheiding bevelen heeft, het tot standkomen daarvan niet belet moet kunnen worden door een weigering of de enkele nalatigheid mee te werken van een of meer der deelgenoten. Ook zonder diens medewerking moet de scheiding en deling dan tot stand kunnen komen, want juist hier blijkt dat het partijen om de goederen zelf en niet zozeer om een geldbedrag bij wijze van schadevergoeding gaat.

Art. 1117 lid 1 BW geeft de gewenste regeling. Daarmee is de veroordeling om aan de boedelscheiding mee te werken afdwingbaar. In de praktijk wordt de benoeming van een onzijdig persoon tegelijk met de eis tot scheiding en deling gevraagd door degene die niet in de onverdeelde boedel wil blijven. Maar zij kan ook in een later stadium plaats hebben, bijv. na het vonnis waarin een uitspraak gedaan wordt over

<sup>350</sup> Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 398, 401, 405, 426, 437, 489, 623; Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 327 e.v. en 347 e.v.; Pitlo-van der Burght, blz. 354 e.v.; W.M. Kleijn, De boedelscheiding, Arnhem 1969 (diss. RU Leiden), blz. 304 e.v., 365 e.v., 401 e.v.; M.J.A. van Mourik, Erfrecht, studiepockets privaatrecht nr. 37, Zwolle 1985, nr. 54; A.H.N. Stollenwerck, De onzijdig persoon en de weigerachtige of nalatige gescheiden echtgenoot, in: Eén kapitein, twee schepen (Luijtenbundel), Zwolle 1984, blz. 199-208.

<sup>351</sup> Behoudens enige uitzonderingen in geval van:

- 1 een huwelijksgemeenschap;
- 2 een gemeenschap, die het gevolg is van een overeenkomst van vennootschap;
- 3 een gemeenschap van appartementseigenaren (art. 876t);
- 4 mandeligheid volgens het burennrecht;
- 5 een nalatenschap, a. bij beneficiaire aanvaarding en b. indien en voorzover een erfgenaam kan verlangen, dat voor de voldoening van een ondeelbare schuld, die nog niet voldaan kan worden, gereserveerd wordt.

<sup>352</sup> Vgl. HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559: scheiding is de rechtshandeling waardoor de deelgenoten tezamen de onverdeeltheid tenminste ten aanzien van één der zaken tenminste ten aanzien van één der deelgenoten opheffen. Anders: J.M. Polak, Het rechtskarakter van de boedelscheiding, WPNR 4216-4217 (1951).

de bij het proces-verbaal van zwaarigheden geconstateerde moeilijkheden. Omdat gesproken wordt van een onzijdig persoon, kan niet een der deelgenoten door de rechter worden benoemd. Niet-ontvankelijk zal het verzoek tot benoeming van een onzijdig persoon zijn, wanneer dat verzoek niet bij de eis tot scheiding wordt gedaan en ook geen eis tot scheiding vooraf gegaan is.<sup>353</sup>

Of de benoeming ambtshalve of slechts op verzoek van een of meer der belanghebbenden door de rechter kan plaatsvinden is omstreden. Enerzijds bestaat een ruime opvatting, anderzijds een enge opvatting.<sup>354</sup> Zelf kies ik voor de ruime opvatting, nu art. 1117 geen enkele beperking hieromtrent stelt. In de uitspraak van 13 maart 1942, NJ 1942, 395 overwoog de Hoge Raad 'de bevoegdheid om een onzijdig persoon te benoemen, bestaat alleen voor het geval dat de weigering of nalatigheid van een of meer deelgenoten om tot de bevolen boedelscheiding mede te werken, reeds is ingetreden, of althans reeds is gebleken dat gevaar daarvoor bestaat. Dit geldt evenzeer, indien deze benoeming plaats heeft bij het vonnis dat de boedelscheiding beveelt, als wanneer de benoeming na dit vonnis plaats vindt op verzoek der meest gerede belanghebbenden'. In deze uitspraak lees ik dat de rechter geen onzijdig persoon mag benoemen als alle deelgenoten willen meewerken en slechts traag zijn, maar niet dat ambtshalve benoeming implicite veroordeeld wordt. Wel zal de weigerachtigheid bewezen moeten worden. Dat de rechter lijdelijk is en niet meer mag toewijzen dan gevorderd is, lijkt me geen doorslaggevend argument. Immers de procesvoerende partijen vragen aan de rechter om tot een zo doelmatig mogelijke oplossing te komen en dit houdt implicite de mogelijkheid van boedelscheiding in.<sup>355</sup>

De tot onzijdig persoon benoemde (veelal een kandidaat-notaris of advocaat)<sup>356</sup> hoeft de benoeming niet te aanvaarden. Nergens spreekt de wet een plicht tot aanvaarding van deze taak uit. Weigert hij, dan zal op verzoek van de belanghebbenden de rechtbank een ander als zodanig benoemen. De weigering kan duidelijk uitgesproken worden, maar kan er ook in bestaan dat geen activiteiten ondernomen worden om tot scheiding en deling te geraken. Is de onzijdig persoon traag in zijn uitvoeringswerkzaamheden, dan kunnen belanghebbenden de rechtbank verzoeken een ander te benoemen.

Wat is nu de taak van de onzijdig persoon? Het artikel geeft dit aan: het als bewindvoerder op de voet van art. 1:410 BW vertegenwoordigen van de weigerachtigen of nalatigen en het beheren van datgene wat hij in zijn hoedanigheid ontvangt. Dat betekent dat hij recht op loon heeft, rekening en verantwoording moet afleggen en dat hij het aan de deelgenoot voor wie hij optreedt toegedeelde in ontvangst moet nemen. Bij dit laatste rijst de vraag of hij in persoon bij de scheiding en

<sup>353</sup> Vgl. Hof Leeuwarden 26 november 1947, NJ 1949, 174; Hof Amsterdam 4 oktober 1966, NJ 1967, 301.

<sup>354</sup> Enerzijds Hamaker, WPNR 1724 (1903), Kleijn, blz. 254, Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 328, Rechtsvordering art. 696, aant. 5, Stoltenwerck, WPNR 5663 (1984), blz. 541 en anderzijds Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 401, Pitlo-van der Burght, blz. 354, R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud, diss. RU Groningen 1985, blz. 62 en Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 1902, W 7827.

<sup>355</sup> Vgl. E.M. Wesseling-van Gent, Minimumvereisten voor een civiele procedure, WPNR 5742 (1985), blz. 393-399, die de lijdelijkheid niet als hoofdbeginsel van ons procesrecht ziet.

<sup>356</sup> Vgl. Pres. rb. Haarlem 22 juli 1986, KG 1986, 349.

deling aanwezig moet zijn. Hoewel dit niet uitdrukkelijk geest wordt, voel ik er toch het meeste voor deze eis wel te stellen. Tot onzijdig persoon wordt niet willekeurig iemand benoemd, daarbij spelen een aantal factoren een rol, o.a. de kundigheid en eerder zal er iemand benoemd worden die (na enige discussie) in der minne tot een ook de deelgenoten bevredigende scheiding en deling weet te geraken dan een onwrikbare waarmee nauwelijks te praten valt. Het gaat mij dan ook te ver om, zoals Luyten, blz. 328 de vertegenwoordiging door een lasthebber mogelijk te achten. Dit lijkt me wel mogelijk bij de feitelijke overdracht van bijv. het onroerend goed, maar niet bij de eigenlijke verdeling: de ene deelgenoot krijgt een stuk grond, een andere deelgenoot ontvangt een groot deel van de inboedel, terwijl de onzijdig persoon namens de onwillige een statenbijbel en f. 10.000,-- in ontvangst neemt.

Bij de inhoud van de taak moet onderscheiden worden of de benoeming plaats had bij een vonnis tot boedelscheiding in algemene zin, in welk geval de bevoegdheden zeer ruim gesteld moeten worden, of dat de benoeming een uitvloeisel is van een vonnis gewezen in een zwaarighedenprocedure (art. 697 Rv.), want dan zal de taak veel beperkter zijn: slechts de gerezen moeilijkheden uit de weg te ruimen.<sup>357</sup>

De onzijdig persoon kan buiten, ja zelfs tegen de wil van de door hem vertegenwoordigde deelgenoot optreden, zodat duidelijk moet zijn hoe ver de onzijdig persoon mag en kan gaan. De Hoge Raad heeft hiertoe een criterium gegeven in zijn uitspraak van 22 januari 1931, NJ 1931, 382: 'De onzijdig persoon vertegenwoordigt de erfgenaam alleen in diens hoedanigheid als medegerechtigde tot de nalatenschap'. Dit betekende in casu: 'Bij verkoop van tot de nalatenschap behorende goederen, kan hij dus rechtens voor de vertegenwoordigde geen andere verplichtingen aanvaarden dan die, welke voortvloeien uit diens hoedanigheid van mede-eigenaar van die goederen. Hij mag niet als diens vertegenwoordiger optreden ten aanzien van een recht van gebruik van die goederen, dat de vertegenwoordigde ontleent aan een met zijn vader -de erfflater- gesloten overeenkomst. Hij kan hem niet verplichten om ondanks diens aanspraak op het gebruiksrecht, de goederen te ontruimen en ter beschikking der kopers te stellen'.

Wat de aangelegenheden der scheiding betreft, neemt de onzijdig persoon tegenover de door hem vertegenwoordigde erfgenaam een vrij sterke zelfstandige positie in. Zo kan hij met de andere erfgenamen een vordering tegen de door hem vertegenwoordigde instellen, indien deze nalatig blijft tegenover de nalatenschap.<sup>358</sup> Hij hoeft dit echter niet te doen, immers zijn opvatting bindt de onwillige hoe dan ook.

Volledigheidshalve vermeld ik dat in het geval over de afwezige nog geen bewindvoerder benoemd is, een keuze uit de artt. 1:409 en 1117 BW gemaakt mag worden en dat door de verwijzing in art. 1117 naar art. 1:410 BW de onzijdig persoon de machtiging van de kantonrechter zal moeten hebben voor de in art. 1:345 BW genoemde rechtshandelingen.<sup>359</sup>

<sup>357</sup> HR 28 juni 1963, NJ 1963, 508; HR 4 maart 1966, NJ 1966, 220; HR 7 april 1967, NJ 1967, 378; Heemskerk, diss. blz. 104; Kleijn, blz. 369, Luyten, WPNR 4660 (1961); Van Rossem-Cleveringa, art. 697, aant. 2; Rechtsvordering art. 697, aant. 4.

<sup>358</sup> Aldus AG Eggens in zijn conclusie voor HR 27 april 1951, NJ 1952, 63, op blz. 179 Ik: zo blijkt dat de wil van de weigerachtige rechtens geen geldigheid heeft.

<sup>359</sup> Klaassen-Eggens-Luyten, blz. 329. Van Mourik, nr. 54, meent dat

Tot slot kan art. 1117 BW spelen in het geval van een fidei commis de residuo en wel als de erflater zijn echtgenote met wie hij in algehele gemeenschap van goederen was gehuwd tot bezwaarde erfgename van zijn nalatenschap heeft benoemd. In dat geval kan zowel de echtgenote als iedere verwachter de rechter vragen een onzijdig persoon te benoemen, opdat door deze met de echtgenote tot scheiding en deling van de boedel overgegaan kan worden en vaststaat wat de echtgenote krachtens huwelijksgoederenrecht toekomt en wat tot de met fidei commis de residuo belaste nalatenschap van de erflater behoort.<sup>360</sup>

## 5.2 HET BEVEL TOT OPENBARE VERKOOP

Het tweede geval van reële executie is het bevel tot openbare verkoop.<sup>361</sup> De regeling hiervan is voor onroerend goed gegeven in art. 1122 BW en de artt. 689-694 Rv. en in de artt. 683-688 Rv. voor roerend goed waarbij art. 1122 BW van overeenkomstige toepassing op roerend goed wordt geacht.<sup>362</sup>

Deze regeling is gegeven omdat het kan gebeuren dat partijen van mening verschillen over de vraag of een zeker goed uit de boedel al dan niet verkocht moet worden. Dit speelt met name wanneer een verdeling in natura tussen de erfgenamen (eventueel met bijbetaling van de overwaarde) niet mogelijk is. Om toch tot een scheiding en deling te komen moet dan dikwijls de toevlucht tot het middel van verkoop van boedelactiva genomen worden, want liquide middelen verdelen zal veelal niet op moeilijkheden stuiten. Omdat de eenstemmigheid onder de erven kan ontbreken of een bestaande overeenstemming omslaat in haar tegendeel, is de mogelijkheid van het bevel tot openbare verkoop geschapen. Op verzoek van de meest gereede der belanghebbenden, dat kunnen de erven gezamenlijk zijn,<sup>363</sup> beveelt de rechtbank binnen welk arrondissement de nalatenschap is opengevallen de openbare verkoop. Ieder der deelgenoten, ook degene die niet het verzoek tot de rechter deed, kan het rechterlijk bevel gebruiken om de verkoop af te dwingen. De erfgenamen die niet willen meewerken, worden door het bevel gebonden en hun aanwezigheid bij de verkoop is zelfs niet vereist (artt. 687 en 693 Rv.). We kunnen zeggen dat een 'koopovereenkomst' tot stand komt, waarbij echter de toestemming van één of meer verko-

---

art. 1:409 BW prevaleert.

<sup>360</sup> Vgl. Hof Arnhem 23 januari 1935, NJ 1935, 1169 met Rb. Maastricht 11 januari 1940, NJ 1940, 567. A.H.N. Stollenwerck, Het fidei commis de residuo, diss. Nijmegen 1986, met name blz. 98 e.v.

<sup>361</sup> Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 429 e.v.; Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 349 e.v.; Kleijn, blz. 379 e.v.; Van Mourik, nr. 57; Pitlo-van der Burght, blz. 365 e.v.; Van Rossem-Cleveringa, art. 683 e.v.

<sup>362</sup> HR 8 november 1974, NJ 1975, 383.

<sup>363</sup> Dit heeft het voordeel dat als een van de erfgenamen zich later bedenkt, de openbare verkoop toch doorgang kan vinden. Vgl. HR 6 november 1874, W 3785; Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1940, NJ 1941, 268. Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 436; Rechtsvordering art. 684, aant. 4, art. 686, aant. 7, art. 692, aant. 13, art. 694, aant. 13. Van Rossem-Cleveringa, art. 688, aant. 1. Anders: HR 10 december 1930, NJ 1931, 605 bekritiseerd in zijn noot door Meijers.

pers ontbreekt, zodat op grond van art. 1356 BW deze overeenkomst nietig zou zijn. Echter de ontbrekende toestemming wordt vervangen door het rechterlijk bevel, waardoor de 'overeenkomst' wel geldig is nu aan alle eisen van art. 1356 BW voldaan is. De deelgenoot die het goed kwijt wilde, maar te maken heeft met een deelgenoot die onwillig is, krijgt zodoende toch zijn zin.

Dat het bevel verleend kan worden zonder dat verband met de scheidingswerkzaamheden bestaat ligt opgesloten in art. 1122 BW: door de rechtspraak wordt het voldoende geacht dat verkoop in het belang van de boedel is.<sup>364</sup> Evenzo kan het bevel gegeven worden voordat een begin gemaakt is met de scheiding.<sup>365</sup>

Het staat de rechter geheel vrij zelf te beslissen of het bevel verleend zal worden, van een verplichting is geen sprake. Het woordje 'kan' in art. 1122 BW duidt op een discretionaire bevoegdheid, zodat de rechter steeds de doelmatigheid van de verkoop kan beoordelen.<sup>366</sup> Zo vond Hof Leeuwarden 29 november 1950, NJ 1951, 651 dat het bevel niet verleend moest worden toen tot het maken van een behoorlijke verdeling de verkoop volstrekt onnodig was te achten en ook niet aange-toond werd dat enig belang van de boedel de verkoop zou rechtvaardigen. Ook ligt in art. 1122 BW geen middel opgesloten om het voorkeursrecht van de pachter te omzeilen. Al houdt art. 56e lid 1 sub a Pachtwet in dat het voorkeursrecht van de pachter niet bestaat bij verkoop krachtens rechterlijk vonnis, de rechter past art. 1122 BW niet toe wanneer het verzoek enkel strekt om het voorkeursrecht te ontgaan.<sup>367</sup> Zijn er erfenamen die prijs stellen op het behoud van familiegoederen, dan zal de rechter niet snel aannemen dat het belang van de boedel verkoop nodig maakt. Met name wanneer een of meer erfenamen bereid zijn zich het goed bij wege van overbedeling te laten toescheiden zal de verkoop niet nodig zijn.<sup>368</sup> Dit kan anders zijn wanneer diverse erfenamen zich het goed willen laten toescheiden: het bevel tot openbare verkoop zorgt er dan voor dat de deelgenoot die het goed graag wil hebben door als hoogste bieder op te tre-

<sup>364</sup> Vgl. HR 20 september 1883, W 4940; HR 24 augustus 1892, W 6226; HR 31 januari 1901, W 7555.

<sup>365</sup> Vgl. HR 12 juni 1903, W 7930; HR 2 juni 1905, W 8233.

<sup>366</sup> Vgl. de rechtspraak uit de laatste twintig jaar: HR 13 oktober 1967, NJ 1969, 14; Rb. Middelburg 6 september 1972, NJ 1973, 75; Hof Arnhem 17 oktober 1972, NJ 1973, 253; HR 12 oktober 1973, NJ 1974, 306, HR 14 juni 1974, NJ 1975, 382; HR 8 november 1974, NJ 1975, 383; Rb. Dordrecht 2 juli 1975, PRG 1114; Hof Arnhem 30 september 1975, NJ 1977, 9; Rb. 's-Gravenhage 26 januari 1976, PRG 1115; HR 25 januari 1980, NJ 1980, 548 met eindarrest Hof 's-Gravenhage 8 februari 1984, NJ 1984, 689; HR 9 mei 1980, NJ 1981, 283 en Hof 's-Gravenhage 20 maart 1985, NJ 1986, 683. Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 433; Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 352; Kleijn, blz. 381; Pitlo-van der Burght, blz. 300 e.v.

<sup>367</sup> Vgl. Hof Amsterdam 19 oktober 1965, NJ 1966, 313; Rb. Leeuwarden 17 maart 1966, NJ 1966, 286; Hof Leeuwarden 27 april 1966, NJ 1967, 227; Rb. Assen 7 september 1967, NJ 1968, 146; Rb. Dordrecht 2 juli 1975, PRG 1114; Houwing, Pachtwet, aant. 567e, Kleijn, blz. 38; Rechtsvordering, art. 692, aant. 24.

<sup>368</sup> Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 1962, NJ 1965, 327; HR 6 oktober 1967, NJ 1969, 12; Rb. Middelburg 6 september 1972, NJ 1973, 75.

den, het goed op snelle wijze door koop op de veiling kan verkrijgen.<sup>369</sup>

Hiervoor is art. 1:345 BW ter sprake gekomen en een vergelijking dringt zich op. Tussen het rechterlijk bevel ex art. 1122 BW en de rechterlijke machtiging ex art. 1:345 BW bestaat verschil. In het eerstgenoemde geval moet het rechterlijk bevel tenuitvoergelegd worden, behoudens unaniem andersluidend besluit van de erfgenamen, terwijl het in het andere geval een aanvulling van de bevoegdheid betreft, waar de vrijheid bestaat er al dan niet gebruik van te maken. Daarnaast kan opgemerkt worden dat, is het bevel ex art. 1122 BW verleend, een machtiging van de wettelijk vertegenwoordiger door de kantonrechter niet meer noodzakelijk is (art. 1:345 lid 1 sub a BW). Hoewel art. 1122 BW (vrijwel) altijd bij het erfrecht wordt behandeld, is het bereik, evenals de overige artikelen die betrekking hebben op de boedelscheiding, veel ruimer dan alleen de scheiding en deling van nalatenschappen. De artt. 1:100, 628 en 1689 BW breiden de werking uit tot de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap, de vrije mede-eigendom en het maatschapsvermogen. De rechter kan te hulp worden geroepen bij de verdeling van iedere gemeenschap.<sup>370</sup>

Hierboven is steeds gesproken over het rechterlijk bevel ex art. 1122 BW. Daarbij is aangeknoopt aan de tekst van artikel 1122 BW '... den verkoop bevelen ...'. De term is voor verbetering vatbaar, nu zich het geval kan voordoen dat de erfgenamen bij unanieme beslissing afwijken van de rechterlijke beslissing. Daarom is het m.i. beter te spreken van rechterlijke voorziening, immers de rechterlijke uitspraak treedt in de plaats van de toestemming van de deelgenoot tegen wie zich de vordering richtte. Het woord bevel lijkt afwijken niet mogelijk te maken, terwijl dit wel kan.

Verwant aan de rechterlijke beslissing op grond van art. 1122 BW is de adiudicatio:<sup>371</sup> de boedelscheiding die de rechter zelf -met zaken-rechterlijke werking- tot stand brengt in zijn vonnis, waarbij hij uitspraak doet in de geschillen die tussen de deelgenoten zijn gerezen. In het Romeinse recht kon de rechter ex aequo et bono de scheiding tot stand brengen wanneer de erfgenamen geen overeenstemming konden bereiken: de adiudicatio. De middeleeuwen brachten het beginsel dat de oudste verdeelde en de jongste koos, maar dit was geen succes gezien het vele misbruik. Hoewel de Nederlanden terugkeerden naar het Romeinse beginsel, bleef de splitsing in kavelingen door een per-

<sup>369</sup> Vgl. Kleijn onder HR 12 oktober 1973, NJ 1974, 306; HR 9 mei 1980, NJ 1981, 283; Hof 's-Gravenhage 20 maart 1985, NJ 1986, 683.

<sup>370</sup> Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 27 mei 1892, W 6219; Hof Amsterdam 21 oktober 1892, W 6267; HR 12 juni 1903, W 7930; HR 2 juni 1905, W 8233; HR 31 januari 1907, W 8497; Rb. 's-Gravenhage 18 september 1923, NJ 1924, 14; HR 23 december 1929, NJ 1930, 725; Rb. Dordrecht 5 november 1958, NJ 1961, 23; Asser-Beekhuis I, no. 617 e.v.; Asser-Meijers-Van der Ploeg, no. 434; Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 355-356; Kleijn, blz. 77; Pitlo-van der Burght, blz. 330 e.v.

<sup>371</sup> Vgl. Asser-Meijers-van der Ploeg, blz. 424 e.v.; Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 314 en 338 e.v.; Kleijn, blz. 204 e.v., blz. 400 e.v., blz. 452 e.v.; Lee, Elements, blz. 126, 164, 168 en 442; Van Mourik, nr. 58; Pitlo-van der Burght, blz. 364; Rechtsvorde-ring art. 697, aant. 29 e.v.; Stollenwerck, blz. 205-206.

soon in het oude Frankrijk gehandhaafd. Na de splitsing werd geloot. Deze regeling heeft haar neerslag gevonden in art. 1125 lid 2 BW hoewel reeds bij de invoering van het BW de moeilijkheden duidelijk waren. Blijkens HR 13 maart 1953, NJ 1953, 569 is deze wijze van toedeling door het lot alleen dwingend voorgeschreven in het geval art. 1117 BW van toepassing is. De Hoge Raad is zelfs verder gegaan door aan te nemen dat de rechter zelf *ex aequo et bono* de scheiding tot stand kan brengen hoewel geen wetsbepaling daartoe grond geeft.<sup>372</sup> Luijten is echter van mening dat de rechter de keuze heeft uit de openbare verkoop van art. 1122 of het beslissen der gerezen zwarigheden door een bepaalde wijze van scheiding bevelen,<sup>373</sup> maar dat de rechter naar huidig recht niet bevoegd is de scheiding zelf in het vonnis te voltrekken door *adiudicatio*.<sup>374</sup> Hij neemt daarmee een afwijkend standpunt in.<sup>375</sup>

Dat schrijvers en vooral rechtspraak de *adiudicatio* erkennen is verheugend, omdat zo een langdurige en moeilijke weg om te krijgen waar men recht op heeft tot het verleden behoort en nu een eenvoudiger, sneller middel aanwezig is. Bedacht moet worden dat de *adiudicatio* een buitengewone bevoegdheid is. De rechter wijst een constitutief vonnis op zakenrechtelijk gebied, wat een uitzondering is, want het aantal gevallen waarin de wet de rechter deze bevoegdheid toekent is klein. Een voorbeeld is de levering van schepen, waar het vonnis kan worden overgeschreven in de registers (art. 318 K). Hier wordt een rechterlijke bevoegdheid geaccepteerd die niet op de wet berust. Het is dan ook juist dat de rechter een terughoudend gebruik van zijn bevoegdheid maakt en er alleen gebruik van maakt, wanneer tussen deelgenoten het voornemen bestaat een boedelscheiding aan te gaan of een verplichting daartoe erkend is en dat de bevoegdheid tot de *adiudicatio* slechts bestaat in die gevallen waarin het niet mogelijk is door een uitspraak op een of enkele concreet omstreden punten de deelgenoten voldoende op gang te helpen om zelf de scheiding en deling tot stand te brengen.<sup>376</sup>

<sup>372</sup> Vgl. Hof Amsterdam 21 februari 1962, NJ 1962, 378; HR 28 juni 1963, NJ 1963, 507; Hof Amsterdam 19 juni 1964, NJ 1965, 176; Rb. Middelburg 6 september 1972, NJ 1973, 75; Hof 's-Hertogenbosch 13 september 1973, NJ 1974, 27; HR 28 september 1979, NJ 1980, 464; HR 8 juli 1986, NJ 1987, 4.

<sup>373</sup> Vgl. Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1949, NJ 1949, 707; HR 13 maart 1953, NJ 1953, 569; Rb. Zwolle 23 juni 1954, NJ 1954, 664; Rb. Dordrecht 2 februari 1955, NJ 1955, 536; Rb. Zutphen 10 november 1955, NJ 1956, 354; Kleijn, blz. 388.

<sup>374</sup> Blz. 339 en Zwarigheden voor en na de boedelscheiding, WPNR 4660-4661 (1961).

<sup>375</sup> Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 426; Kleijn, blz. 404, blz. 452 e.v., speciaal blz. 456; W. Heuff, Boekbespreking Klaassen-Eggens-Luijten *Erfrecht*, 9e druk, WPNR 5782 (1986), blz. 307 lk; Van Mourik, no. 58; Pitlo-van der Burght, blz. 364; A.G. van Solinge, *Erfrecht en vennootschapsrecht*, in: Van der Ploeg-bundel 'Recht zo die gaat', blz. 145-166, speciaal blz. 162.

<sup>376</sup> HR 28 juni 1963, NJ 1963, 507. Zo ook Hof 's-Hertogenbosch 13 december 1955, NJ 1956, 222 in verband met een vennootschapscontract: "De bepaling omtrent het opmaken van een proces-verbaal van zwarigheden door de notaris belet niet dat de rechter, die een boedelscheiding beveelt, tevens reeds uitspraak doet over geschillen die tussen de bij de scheiding en deling betrokken par-

Men kan zich afvragen of de rechter bij de adiudicatio uitkeringen wegens overbedeling in het leven kan roepen. Omdat de rechter de plaats van de deelgenoten inneemt, mede door toedoen van de deelgenoten, brengt hij de scheiding en deling voor hen tot stand. Het lijkt me dat de rechter van dezelfde middelen gebruik mag maken om het verdelingsgeschil op te lossen als welke de deelgenoten hadden.<sup>377</sup> Voor de gewone boedelverdelingen ex art. 1167 BW geeft art. 1170 BW een actie in het geval er sprake is van benadeling voor meer dan een kwart. Achtergrond van deze regeling is dat de ontwerper van de scheiding zich vergist kan hebben of onder te sterke invloed van één der deelgenoten stond. Bij de adiudicatio speelt dit niet. Hoogstens zou de rechter de diverse boedelbestanddelen onjuist kunnen waarderen. Bezwaren om art. 1170 BW ook in gevallen van adiudicatio toepasselijk te achten heb ik niet.<sup>378</sup>

### 5.3 GEDWONGEN SCHULDVERREKENING

In principe geldt dat het niet terzake doet of een schuldeiser of schuldenaar van de nalatenschap tevens erfgenaam is of niet. Er bestaat echter een belangrijke uitzondering: bij de boedelscheiding hebben de mede-erfgenamen het recht de vordering van de boedel op de schuldenaar-erfgenaam aan deze in zijn aandeel toe te scheiden. Uit een voorbeeld zal duidelijk worden dat dit recht de mede-erfgenamen in een gunstiger positie plaatst. A, B en C zijn erfgenamen voor gelijke delen, de boedel bestaat uit een vordering van f. 10.000,-- op A en f. 20.000,-- in contanten, terwijl A op de rand van een faillissement balanceert. B en C kunnen hier vorderen dat aan A de vordering van de boedel op hem wordt toebedeeld en dat B en C ieder f. 10.000,-- in contanten verkrijgen. Het hierbedoelde recht is de gedwongen verrekening van schulden aan de boedel, kortweg gedwongen schuldverrekening genoemd.<sup>379</sup> Goed in het oog moet worden gehouden dat deze

---

tijen bestaan. In het bijzonder geldt dit voor geschillen die niet de eigenlijke scheiding betreffen, maar waarvan de oplossing de werkzaamheden der scheiding kan bevorderen." Zie ook Rb. 's-Gravenhage 26 januari 1976, PRG 1115: 500 erfgenamen, deels niet hier te lande woonachtig, zodat afwikkeling van de boedel middels scheiding en deling ... tot bijzonder grote vertraging zou leiden, hetgeen niet in het belang van de boedel is; daarom bevel tot openbare verkoop.

<sup>377</sup> Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 426 noot 244; Kleijn, blz. 464; Van Solinge, blz. 162 is van mening dat de rechter in geval de adiudicatio tot een schuld wegens overbedeling leidt, betaling in termijnen kan voorschrijven. Zo ook art. 3.7.1.14 lid 3 NBW. HR 8 juli 1986, NJ 1987, 4 aanvaardt overbedeling, mits de (feitelijke) rechter duidelijk aangeeft waarom hij, na afweging van de bijzondere belangen van de deelgenoten, afwijkt van het beginsel dat ieder van de deelgenoten een met zijn aandeel corresponderend gedeelte van de activa ontvangt.

<sup>378</sup> Gezien de artt. 1:100, 628 en 1689 BW kan de adiudicatio ook buiten het erfrecht voorkomen, bijv. bij de scheiding van een huwelijksgoederengemeenschap. Vgl. Kleijn in zijn noot bij Ktg. Eindhoven 2 februari 1978, PRG 1302.

<sup>379</sup> Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 420 e.v.; Klaassen-Eggens-



benaming niet correct is: het gaat om een gedwongen toedeling, waarbij de schuld door vermenging en niet door verrekening teniet gaat. De gedwongen verrekening kan zowel plaatsvinden wanneer de erfgenaam solvabel is als wanneer hij dit niet is: reeds in staat van faillissement verkeert.<sup>300</sup> In de laatste gevallen biedt de gedwongen verrekening de meeste voordelen voor de overige erfgenamen. Veranderen wij ons voorbeeld van de drie erfgenamen A, B en C als volgt: A is failliet, de boedel heeft een vordering van f. 30.000,-- op hem, verder bevinden zich f. 30.000,-- in contanten in de boedel. 'Normaal' gesproken zou ieder der erfgenamen f. 10.000,-- in contanten en een vordering van f. 10.000,-- op A verkrijgen. Voor B en C is de vordering op A weinig waard, voor A echter is de vordering op hemzelf de volle 100% waard. B en C zullen daarom in eerste instantie ieder f. 15.000,-- contant krijgen en A een vordering van f. 15.000,--, waarmee ieder evenveel verkrijgt. De restantvordering op A ad f. 15.000,-- zal volgens een formule verdeeld worden waarbij de waarde van de vordering voor B en C op een zeker percentage gesteld zal worden. Zou dat 20% zijn dan verkrijgt A van de vordering op zichzelf nog eens f. 1363,63 en B en C verkrijgen ieder f. 6818,18.<sup>301</sup>

De gedwongen schuldverrekening wordt afgeleid uit art. 1132 BW waar gesproken wordt van 'Onverminderd de verplichting van alle erfgenamen tot voldoening aan, of verrekening met hunne mede-erfgenamen, van alles wat zij aan de nalatenschap schuldig zijn ...' Erg duidelijk is het niet, maar wel acceptabel. Vooral ook omdat het een logische afwikkeling van de boedelscheiding betreft en al sinds lange tijd wordt toegepast, zodat de wetgever het niet nodig vond deze rechtsfiguur met zoveel woorden te noemen.<sup>302</sup>

Met betrekking tot opeisbare vorderingen c.q. schulden rijzen geen vragen, maar dit is anders met betrekking tot vorderingen onder tijdsbepaling en onder voorwaarde. Aangenomen wordt dat de vorderingen

---

Luijten, blz. 384 e.v.; Kleijn, blz. 168 e.v., 267 e.v., 375 e.v.; Pitlo-van der Burght, blz. 410 e.v. HR 11 februari 1916, NJ 1916, 495; HR 8 december 1932, NJ 1933, 784; HR 17 februari 1944, NJ 1944, 254; HR 20 december 1946, NJ 1947, 59; HR 6 april 1979, NJ 1979, 630.

<sup>300</sup> HR 8 december 1932, NJ 1933, 784.

<sup>301</sup> Het bedrag waarmee het nominale bedrag der vordering het erfdeel van A overschrijdt is f. 15.000,--; de waarde van de vordering is voor B en C slechts 20%, zodat zij 5x zoveel van de nominale vordering moeten ontvangen, want voor A is de vordering de volle 100% waard; de verhouding A:B:C is dan 1:5:5; f 15.000,-- gedeeld door 11 is f. 1363,63 hetgeen A ontvangt, terwijl B en C ieder f. 6818,18 ontvangen. Hetzelfde resultaat is ook te berekenen aan de hand van de volgende formule:

$$\begin{aligned} &bd + c \\ x = &\frac{ad - d + 1}{ad - d + 1} \end{aligned}$$

(a = aantal erfgenamen, b = waarden boedel buiten vordering, c = beloop der vordering, 1/d = getaxeerde waarde van de vordering op erfgenaam-schuldenaar van de nominale waarde en x = te berekenen deel erfgenaam)

<sup>302</sup> Vgl. art. 35 Ontwerp BW 1798; art. 2.4.11.15 Ontwerp-Van der Linden; art. 984 Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland.

onder tijdsbepaling voor de contante waarde op het moment der scheiding mee kunnen tellen.<sup>383</sup> De solvabiliteit van de erfgenaam speelt dan geen rol, want juist door de verrekening wordt de insolabiliteit vereffend. Andere omstandigheden die de waarde van de vordering raken mogen wel een rol spelen. Bij de vorderingen onder opschorten de voorwaarde zal geen gedwongen verrekening spelen. Waarom zou een erfgenaam-schuldenaar eerder dan de andere erfgenamen genoeg moeten nemen met een deel van de boedel, dat van onzekere waarde is? In het verlengde van deze vorderingen ligt de natuurlijke verbintenis. Nu de dwang tot nakoming niet bestaat, zal ook geen gedwongen verrekening mogelijk zijn.<sup>384</sup>

In een belangrijk arrest van de Hoge Raad d.d. 20 december 1946, NJ 1947, 59, welk arrest bekend geworden is vanwege de invloed van de goede trouw op de boedelscheiding, werd beslist dat slechts de mede-erfgenamen en niet de schuldenaar-erfgenaam zelf voor de scheiding en deling zijn aandeel in de vordering kan opeisen. Terecht, want de erfgenaam-schuldenaar die tijdelijk in het rood staat zou anders de vordering voor minder dan de volle waarde in de boedelscheiding kunnen betrekken, wetende dat hij niet lang daarna weer geheel solvabel zal zijn, waarna de vordering wel weer de volle waarde in de boedelscheiding zal hebben.

Twee opmerkingen tot slot. Niet alleen de gedwongen verrekening van geldschulden, ook die van andere vorderingen is mogelijk. Behalve bij nalatenschappen kan gedwongen schuldverrekening ook plaatshebben bij de andere gemeenschappen; o.a. bij de maatschap de vordering tot aanzuivering van een geleden verlies, bij een vereniging de vordering op een lid tot betaling van de contributie en bij de huwelijksgoederengemeenschap de vordering op de echtgenoot die prive-schulden met gemeenschapsgoederen voldeed.

<sup>383</sup> Asser-Meijers-van der Ploeg, no. 423; Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 386; Pitlo-van der Burght, blz. 371 e.v. geen keuze makend en wijzend op Hof Amsterdam 21 maart 1952, NJ 1952, 667; Kleijn, blz. 269 e.v. is genuanceerd. Vgl. ook art. 4.5.4.2 lid 1 NBW.

<sup>384</sup> Vgl. par. 3.7.2

6.1 AKTEN VAN DE BURGERLIJKE STAND

Volgens<sup>385</sup> art. 1:16 BW maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand o.a. akten op van geboorten, van overlijden, van huwelijken en van inschrijving van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak die een echtscheiding inhoudt. De tekst van de diverse artikelen spreekt duidelijk een bevel uit en dat wordt door de rechtspraak ook zo opgevat. Zo overwoog bijv. Hof Arnhem 31 januari 1973, NJ 1973, 410, 'de ambtenaar van de burgerlijke stand is zonder enige beperking verplicht tot het opmaken van akten van inschrijving van echtscheidingsvonnissen'.<sup>386</sup> Zouden alle ambtenaren van de burgerlijke stand in een gemeente weigeren, dan kan de rechter in de zaak betrokken worden. De ambtenaar van de burgerlijke stand kent namelijk als zodanig geen superieur.

Art. 1:29 lid 1 BW zegt: "Aanvulling van een register van de burgerlijke stand met een daarin ontbrekende akte, doorhaling van een daarin ten onrechte voorkomende akte, of verbetering van een daarin voorkomende akte die onvolledig is of een misslag bevat, kan op verzoek van belanghebbenden of op vordering van het openbaar ministerie worden gelast door de rechtbank, binnen welker rechtsgebied de akte in de registers van de burgerlijke stand is of had moeten zijn opgenomen ..." Lid 3 zegt vervolgens dat de aanvulling, doorhaling of verbetering geschiedt doordat de ambtenaar een akte ter inschrijving van de beschikking in de registers opneemt. Dat het niet een louter theoretische mogelijkheid betreft dat de ambtenaar van de burgerlijke stand zal weigeren een bepaalde inschrijving aan te vullen, door te halen of te verbeteren, blijkt uit de jurisprudentie rond de transsexualiteit en de erkenning c.q. wettiging van buitenlandse kinderen.<sup>387</sup>

Ik ben van mening dat mocht de ambtenaar van de burgerlijke stand weigeren een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak in het register in te schrijven, de rechter kan bepalen dat zijn uitspraak zal gelden als wel ingeschreven, zodat de oude akte als vervallen beschouwd dient te worden en de uitspraak de bewijskracht heeft als

<sup>385</sup> Voor dit hoofdstuk kan in het algemeen verwezen worden naar het artikelsgewijze commentaar van de losbladige Kluwer-editie Personen- en familierecht onder redactie van J.M. Polak. Verwijzingen hiernaar zullen in de regel achterwege blijven.

<sup>386</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 19 maart 1985, NJ 1986, 320: bevel akte van erkenning op te maken en Hof 's-Gravenhage 7 maart 1985, NJ 1986, 391: aanvulling geboortenregister gelast m.b.t. geadopteerde kinderen.

<sup>387</sup> Resp. Hof Amsterdam 17 april 1973, NJ 1973, 330; Hof Amsterdam 22 mei 1973, NJ 1973, 331 vernietigd door HR 13 december 1973, NJ 1975, 130; Hof 's-Gravenhage 23 november 1973, NJ 1975, 49; Hof 's-Gravenhage 7 juni 1974, NJ 1975, 50; Hof 's-Gravenhage 7 juni 1974, NJ 1975, 51; Rechtbank Arnhem 4 april 1974, NJ 1975, 52; HR 3 januari 1975, NJ 1975, 187 en Rechtbank Amsterdam 15 oktober 1974, NJ 1975, 502; Rechtbank Maastricht 13 maart 1975, NJ 1975, 452; Rechtbank Rotterdam 12 juli 1976, NJ 1978, 133. Zie ook HR 15 juli 1986, RvdW 1986, 147 inzake verzoek tot doorhaling inschrijving echtscheidingsvonnis.

in art. 1:26 BW aangegeven. Zo nodig zou met behulp van de sterke arm de oude akte doorgehaald kunnen worden om vervangen te worden door de rechterlijke uitspraak. Hoogstwaarschijnlijk zal dit theorie blijven: de Nederlandse ambtenaren van de burgerlijke stand zullen soms een bepaalde inschrijving (bijv. van een voornaam die huns inziens tevens een geslachtsnaam is, art. 1:4 lid 2 BW) die verzoeker wenst, weigeren, maar een rechterlijke uitspraak zullen zij onverwijld inschrijven.<sup>388</sup>

Reële executie is hier mogelijk, want het belang van partijen bij inschrijving van een akte is m.i. zo groot, dat er sprake is van een recht op inschrijving dat ook buiten een onwillige ambtenaar van de burgerlijke stand om gehandhaafd moet kunnen worden.

Zo komt pas door de inschrijving van het vonnis de echtscheiding tot stand (art. 1:163 lid 1 BW). Tot dan toe geldt men als gehuwd, zodat men in principe voor het geheel aansprakelijk is voor de door de andere echtgenoot ten behoeve van de gewone gang van de huishouding aangegane verbintenissen (art. 1:85 lid 1 BW, met een correctiemogelijkheid in art. 1:86 lid 1 BW) en men niet opnieuw in het huwelijk kan treden (art. 1:33 BW).

## 6.2 TROUWBELOFTEN EN HUWELIJKSVOLTREKKING

In art. 1:49 BW is neergelegd de regel dat trouwbeloften noch een rechtsvordering tot het aangaan van een huwelijk geven, noch schadevergoeding wegens de niet-ervulling van de trouwbelofte opleveren. Van dit laatste kan slechts worden afgeweken indien aangifte van het huwelijk bij de ambtenaar van de burgerlijke stand is gedaan en het huwelijk afgekondigd is.

Tot 1810 (de invoering van de Code Civil door Napoleon) bonden trouwbeloften wel en ook in de ontwerpen om tot een eigen Burgerlijk Wetboek dat in het hele land zou gelden te komen, vinden we de trouwbelofte/ondertrouw als voorfase van het af te dwingen huwelijk nog tot 1818.<sup>389</sup>

<sup>388</sup> Vgl. ook de wet van 17 februari 1972, Stb. 85.

<sup>389</sup> Vgl. L.J. van Apeldoorn, *Geschiedenis van het Nederlandsche huwelijksrecht voor de invoering van de Fransche wetgeving*, Amsterdam 1925 (met name de blz. 45-46, 78 en 82-84); Asser-Wiarda, 9e druk, Zwolle 1957, blz. 59 e.v.; De Blecourt-Fischer, blz. 68 e.v.; Fockema Andreae en Van Apeldoorn, *Aantekeningen op Hugo de Groots Inleidinge*, I, 5, blz. 17 e.v.; D. Haks, *Huwelijk en gezin in Holland in de 17de en 18de eeuw*, Assen 1982, blz. 111 en 119 e.v.; A.H. Huussen jr., *De codificatie van het Nederlandse huwelijksrecht, 1795-1838*, Amsterdam 1975 (met name de blz. 154-155, 169-172, 203-204, 220, 229, 236, 248 en 258); Ontwerp Gockinga 1799, art. 19 e.v.; Ontwerp Wierdsma 1804, artt. 13 en 18-20; Ontwerp Van der Linden 1807, titel I, 2, 1, art. 8; Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland 1809, artt. 40-56 (speciaal art. 47), 135, 143; Ontwerp Burgerlijk Wetboek Codificatie-commissie 1814, art. 79; Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1816, art. 160 (ondertrouw in plaats van trouwbelofte had verbindende kracht).

De bespreking van het Ontwerp 1816 in de Raad van State leidde ertoe dat in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1820 art. 148 ging luiden: 'De aangifte zal tusschen de partijen eene verbindende kracht hebben, niet tot voltrekking van het huwelijk maar alleen tot vergoeding der wezenlijke schade, door de weigering veroorzaakt'. Uiteindelijk zou dit art. 113 BW 1838 worden. Tot dan toe kon degene die de trouwbelofte afgelegd had, maar hier naderhand op wilde terugkomen, tot een huwelijk gedwongen worden. Was de morele en feitelijke druk van de omgeving al niet groot genoeg om de onwillige te bewegen alsnog in de huwelijksboot te stappen, bij rechterlijke uitspraak kon het huwelijk als voltrokken beschouwd worden.<sup>390</sup>

In hoeverre het huwelijk werkelijk voltrokken werd en geen schadevergoeding aan de wederpartij werd gegeven, is moeilijk te achterhalen. Hierbij moet bedacht worden dat het huwelijk vroeger vaak uit zakelijk oogpunt gesloten werd en dat financiële aspecten dan een grote rol speelden. In die gevallen zal veelal genoegen genomen zijn met een forse geldelijke tegemoetkoming.<sup>391</sup> Daarnaast zien we de zogenaamde defloratieprocessen: als een jongen met schone woorden van beloftenisse een jonge dochter bedrogen en beslapen hadde' en een aanmerkelijke reden het huwelijk verhinderde, moest hij haar een 'eerlijke bruidsschat' geven.<sup>392</sup> Dat deze actie van het door beloften verleide meisje zelden of nooit succesvol was zal geen verbazing oproepen. Eiseresse diende niet alleen te bewijzen dat gedaagde haar een trouwbelofte gegeven had, maar ook dat hij met haar geslapen had.<sup>393</sup> Omdat men bij een dergelijke intieme gebeurtenis geen getuigen pleegt te vragen, is het bewijs praktisch uitgesloten. Alleen als de man de bijslaap bekende, werd de vrouw geloofd als ze hem als de vader van haar kind aanwees; zelfs als hij erbij gezegd had dat het een voorval van een jaar voor de geboorte betrof.

<sup>390</sup> Te vergelijken met het huwelijk met de handschoen, art. 1:66 BW. Vgl. Van Apeldoorn, blz. 82-84 en 123-124; Asser-Wiarda, blz. 59 e.v.; G.C.J.J. van den Bergh e.a., Staphorst en zijn gerichten, Meppel/Amsterdam 1980, blz. 202; De Blecourt-Fischer, blz. 65 e.v. en 295; B.S. Hempenius-van Dijk, Een twist om trouwbeloften, De vrije Fries, 1974, blz. 37-46 (het huwelijk werd in dit geval op 7 januari 1799 voltrokken tussen de eiseres en de eerste deurwaarder van het Hof van Friesland die gedaagde (Grietman van Westdongeradeel) vertegenwoordigde); Huussen, blz. 149-150, 154-155, 169-172, 189-190, 194, 203-204, 220, 229, 236-237, 248, 258 en 265; Meijers, Algemene begrippen, blz. 39; Ch. Petit, Hoofdtrekken van het Nederlands familierecht, Haarlem 1970, blz. 288 geeft een voorbeeld waarin twee notarissen in plaats van de inschrijving in het kerkregister een akte opmaakten van de huwelijksvoltrekking. Mutatis mutandis past dit voorbeeld ook hier. J. Ronse en E. Stubbe vermelden in de Belgische Algemene Praktische Rechtsverzameling onder het trefwoord "verloving" in no. 5 dat de Hoge Raad op 16 mei 1714 een man tot het voltrekken van het huwelijk veroordeelde en daar de man weigerde de uitspraak uit te voeren, de huwelijksplechtigheid door aangestelde commissarissen in naam van de man voltrokken.

<sup>391</sup> Vgl. Van den Bergh e.a., blz. 199, 203 en 206: of nakoming van de trouwbelofte of de helft van het vermogen.

<sup>392</sup> Vgl. Van den Bergh e.a. aangaande Overijssels Landrecht, deel 2, titel 1, art. 6 op blz. 203 e.v.

<sup>393</sup> Van den Bergh e.a., blz. 205; De Groot, Inleidinge III, 35, 18.

Onze wetgever wil niet dat partijen voor de voltrekking van het huwelijk de verplichting op zich nemen met elkaar te trouwen. Zij behouden de vrijheid terug te komen op een gedane toezegging totdat zij ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat zij elkaar aannemen tot echtgenoten (art. 1:67 lid 1 BW). Het gebeurt wel dat een der partijen in de trouwzaal de vraag of hij/zij de ander tot wettige echtgeno(o)t(e) neemt, met 'neen' beantwoordt. We kunnen constateren dat de bedoeling van de wetgever geweest is dat een partij zich niet in een huwelijk tegen zijn zin moet storten, daartoe gedwongen uit gebrek aan middelen om schadevergoeding te kunnen betalen. Daarbij speelt ook mee dat het de vraag kan zijn of er voor partijen wel reden was te rekenen op trouwbeloften, omdat deze soms op lichtvaardige wijze worden gedaan of met min of meer oirbare middelen verkregen.<sup>394</sup>

Anders is het echter wanneer reeds een huwelijksaankondiging heeft plaatsgevonden. Is de zaak zover gevorderd dat het voltrekken van het huwelijk op korte termijn zal plaatsvinden, dan is het redelijk dat de wederpartij schadeloos wordt gesteld voor de werkelijke uitgaven en verliezen welke terzake van het aanstaande huwelijk gedaan zijn en welke geleden zijn. Op grond van art. 1:49 lid 2 BW kan schadevergoeding worden toegekend, zodat de rechter de vordering mag afwijzen.<sup>395</sup>

Dat trouwbeloften niet binden past ook in onze huidige rechtssystematiek. Immers het huwelijk wordt door man en vrouw ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand gesloten (art. 1:67 lid 1 BW), waarna de ambtenaar van de burgerlijke stand een huwelijksakte opmaakt welke als bewijs van het voltrokken huwelijk dient. Zoals ook uit art. 1:65 BW blijkt is het aangaan van een huwelijk iets zeer persoonlijks, waarbij het aankomt op de wil van partijen. Deze wil laat zich niet dwingen. Juist omdat het huwelijk iets zeer persoonlijks is, zal de rechter zijn uitspraak niet in de plaats van de huwelijksakte stellen, hoewel dat theoretisch wel mogelijk zal zijn. Daarnaast betwifel ik of er een 'recht' op een huwelijk bestaat.<sup>396</sup> In ieder geval is de kans zeer groot dat een dergelijk huwelijk al (zeer) snel op vordering van de andere echtgenoot door echtscheiding ontbonden zal worden. In zo'n geval kan de rechter aannemen dat zich bijzondere omstandigheden voordoen, zodat de termijn van een jaar als genoemd in art. 1:156 BW geen beletsel voor de echtscheiding zal opleveren. Voor ons is het duidelijk dat mocht een van de aanstaande echtgenoten van mening veranderen en geen prijs meer stellen op de voltrekking van het huwelijk er geen geldig huwelijk tot stand kan komen. Hierbij dient de kanttekening geplaatst te worden dat indien een weifelachtige huwelijkspartij door familie, vrienden, etcetera bewerkt wordt om toch

<sup>394</sup> HR 11 februari 1937, NJ 1937, 477.

<sup>395</sup> Rb. Haarlem 15 juni 1954, NJ 1955, 129. Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 30 september 1983, NJ 1984, 646 en Hof Leeuwarden 1 februari 1984, NJ 1984, 673.

<sup>396</sup> Bij H. Struik, *Ars Aequi* 1983, blz. 700 vond ik een uitspraak waarbij de Engelse rechter een verbintenis om te huwen afdwingbaar achtte (Frost-Knight), maar dat was wel in 1872 ... In de *Pickwick Papers* (1837), speciaal de hoofdstukken 12 en 34, verhaalt Charles Dickens van een trouwbelofte die leidt tot schadevergoeding.

in het huwelijk te treden, deze huwelijkspartner op het moment van het ja-woord geacht wordt echt te hebben gewild. Voorbeelden hiervan zien wij met name in Staphorst. Daar geldt de regel bij het beëindigen van een verkering, terwijl het meisje zwanger is geworden en tijdens de verkeringsperiode met niemand anders omgang heeft gehad, dat de jongen de verantwoordelijkheid voor zijn daden dient te dragen en dat het ontoelaatbaar zou zijn indien hij het meisje zou laten zitten. Dreigt het toch die kant op te gaan, dan wordt betrokkene aan deze traditionele regel herinnerd, waarna ondertrouw volgt en het huwelijk voltrokken wordt.<sup>397</sup>

Indien een ambtenaar van de burgerlijke stand weigert een huwelijksafkondiging te doen of buiten het geval van stuiting, weigert tot een huwelijksvoltrekking mede te werken, hebben partijen de bevoegdheid zich bij verzoekschrift te wenden tot de rechtbank binnen welker rechtsgebied de huwelijksaangifte is geschied (art. 1:61 lid 1 BW).<sup>398</sup> Zoals hierboven al aangegeven volgt de ambtenaar van de burgerlijke stand de uitspraak van de rechter en zal de huwelijksafkondiging en/of huwelijksvoltrekking alsnog kunnen geschieden.

### 6.3 HUWELIJKSTOESTEMMING MINDERJARIGE EN ONDER CURATELE GESTELDE

Op grond van art. 1:35 lid 1 BW moet een minderjarige die een huwelijk wil aangaan daarvoor toestemming hebben van de ouders die tot hem in een familierechtelijke betrekking staan. Bovendien is de toestemming nodig van de voogd en de toeziende voogd, zo zegt het derde lid, in het geval dat die minderjarige onder voogdij staat. Voor de gevallen dat deze toestemming niet verkregen wordt, kan de toestemming op verzoek van de minderjarige worden vervangen door die van de kantonrechter (art. 1:36 lid 1), tenzij een ouder die het gezag over zijn wettig kind uitoefent, zijn toestemming weigert (lid 2). We hebben hier te maken met een geval waarbij de rechterlijke machtiging de oorspronkelijk geëiste toestemming vervangen kan: een geval van reële executie waarvan de nadere uitwerking in art. 1:39 BW gegeven is. Staat het kind niet onder het ouderlijk gezag, dan kan de machtiging steeds door de kantonrechter afgegeven worden. Voor de minderjarigen die onder ouderlijk gezag staan, en dat zijn de meesten, lag het wat moeilijker gezien de uitzondering van art. 1:36 lid 2 BW. Gelukkig beperkte de rechtspraak het toepassingsgebied van deze uitzondering tot een gering aantal gevallen. Op de eerste februari 1974 overwoog de Hoge Raad (NJ 1974, 283) dat art. 1:36 lid 2 BW alleen betreft het geval waarin de ouder uitdrukkelijk te kennen geeft de totstandkoming

<sup>397</sup> Vgl. de door Van den Bergh e.a. opgenomen casus IX en XIII (werden goede Staphorster gezinnen) en casus XIV (bleven apart wonen na het huwelijk). Zie ook J. Doomen en R. Kotting, Gearangeerde en geforceerde Turkse huwelijken, NJB 1983, blz. 1409 e.v.

<sup>398</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 31 december 1985, af te leiden uit HR 31 oktober 1986, RvdW 1986, 176, bij welk arrest het vonnis vernietigd werd na cassatie in het belang der wet. B.J.J. Schwanebeck had in NJB 1986, blz. 1180-1181 al kritiek op het vonnis uitgevoerd.

van het huwelijk van zijn minderjarig kind onwenselijk te achten en daarom zijn toestemming daartoe te weigeren. Reageerde de ouder niet op de in art. 1:39 lid 2 BW genoemde oproeping dan moest de kantonrechter van geval tot geval bezien of de machtiging verleend werd, ook al had de ouder niet met het huwelijk ingestemd.

Op 4 juni 1982, NJ 1983, 32 ging de Hoge Raad nog verder door art. 12 ECRM, dat spreekt van een 'recht te huwen' in zijn overwegingen te betrekken. Bij een niet of niet redelijk gemotiveerde weigering van een toestemming aan een wettig kind van huwbare leeftijd (in casu 19 jaar en niet meer thuis wonend) door een ouder die het gezag over het kind uitoefent, is toepassing van het bepaalde in art. 1:36 lid 2 BW niet verenigbaar met het in art. 12 ECRM aan mannen en vrouwen van huwbare leeftijd toegekend recht te huwen.<sup>399</sup>

Het in art. 1:36 lid 2 BW bepaalde geldt nu nog maar voor een beperkt gebied.<sup>400</sup>

Voor degene die wegens verkwisting of drankmisbruik onder curatele staat, kan op grond van art. 1:37 lid 2 de toestemming van de curator en de toeziende curator vervangen worden door de toestemming van de kantonrechter.

#### 6.4 HUWELIJKSTROUW EN -INBREUK

Art. 1:81 BW zegt dat echtgenoten elkander getrouwheid, hulp en bijstand zijn verschuldigd, terwijl zij tevens verplicht zijn elkaar het nodige te verschaffen. Het gaat om de verplichting tot huwelijks-trouw<sup>401</sup> resp. de verplichting elkaar onder alle omstandigheden ter zijde te staan en elkaars lasten te helpen dragen. Wordt aan deze verplichting niet voldaan, dan zal in de regel dit tekortschieten een grond voor echtscheiding wegens duurzame ontwrichting opleveren. Daarnaast bestaan andere sancties die een plaats gekregen hebben in de artt. 1:83 lid 3 BW (keuze gevaarlijke plaats van samenwoning), 1:84 lid 6 BW (levensonderhoud verschaffen bij onredelijk gedrag andere echtgenoot), 1:90 lid 1 BW (te kort schieten in bestuur huwelijksgoederengemeenschap) en 1:109 BW (opheffing huwelijksgoederengemeenschap). Kunnen echtgenoten zich ook buiten deze specifiek genoemde categorieën tot de rechter wenden met een vordering tot nakoming van de

<sup>399</sup> Pres. rb. Utrecht, KG 1985, 6: het in art. 12 ECRM omschreven recht om te huwen houdt echter niet de verplichting in voor de Staat om daar actief aan mee te werken ingeval van een illegale vreemdeling.

<sup>400</sup> Vgl. Ktg. Gorinchem 8 november 1982, NJ 1983, 383; Rb. Zutphen 7 oktober 1983, NJ 1984, 142; Rb. Roermond 6 juni 1984, FJR 1985, blz. 183; Ktg. Amsterdam 13 juni 1984, NJ 1985, 787; Ktg. Dordrecht 25 juli 1985, PRG 2375; HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 54 en HR 20 december 1985, NJ 1987, 54. Volgens wetsontwerp 18.620 wordt art. 1:36 lid 1 afgeschaft.

<sup>401</sup> Asser-de Ruyter II, no. 100 e.v.; Asser-Wiarda, blz. 148 e.v.; Van Nispen, blz. 305-306; Personen- en familierecht, art. 81, blz. 2; H.G. van der Werf, Procederen of schikken, Arnhem 1984, blz. 137. Volgens HR 20 juni 1963, NJ 1964, 452 mist art. 158 BW (nu art. 1:81) betekenis naast de artt. 161 en 162 (nu 1:84 en 85). Zie ook Rb. Amsterdam 11 december 1922, W 11002 en Rb. Haarlem 24 oktober 1933, NJ 1934, 777.



plichten van art. 1:81 BW of schadevergoeding wegens schending van die plicht? Mijs inziens houdt het artikel geen rechtsplicht in, maar gaat het hier slechts om een zedelijke plicht. Voor de hierboven genoemde gevallen zijn uitdrukkelijke sancties gegeven, voor andere gevallen niet. Het gaat hier niet om vermogensrechten.

Meestal wordt deze vraag ontkennend beantwoord,<sup>402</sup> al vermeldt De Ruiter, no. 100, in navolging van HR 22 mei 1953, NJ 1953, 571 dat de echtgenoten in de regel tegenover elkaar tot geslachtsgemeenschap verplicht zijn, en ook om, indien de ander dit wenst, tot het krijgen van kinderen mee te werken, waarbij hij nuanceert.<sup>403</sup>

Ik meen dat het hier een theoretisch probleem betreft. Duidelijk zal zijn dat reële executie in het hierboven gegeven voorbeeld niet aan de orde komt. Het direct of indirect afdwingen van plichten tot getrouwheid, hulp, bijstand en samenwoning is m.i. strijdig met de aard van deze verplichtingen en met de vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid van ieder der echtgenoten binnen het huwelijk. De vrijwillige aanvaarding en nakoming van deze huwelijksplichten is daarin begrepen; wordt dit niet meer geaccepteerd dan leidt dit tot echtscheiding. Ook lijkt het me in de praktijk moeilijk de ene partij te dwingen zo nu en dan een aardig woord tegen de wederpartij te laten zeggen, degene die de kaartjes voor de schouwburg te laat bestelde dit voortaan tijdig te laten doen, of om het halfjaarlijkse tandartsconsult niet te verzuimen. Daarbij is reële executie niet de aangewezen oplossing.

De ene echtgenoot zal dan ook niet de andere echtgenoot met behulp van de deurwaarder en de politie kunnen dwingen terug te keren in de echtelijke woning op grond van art. 1:83 lid 1 BW.<sup>404</sup>

<sup>402</sup> Zie de genoemden bij Asser-de Ruiter II, no. 101-102 en Personen- en familierecht, art. 1:81 aant. 1. J. Wiarda, Antwoord op rechtsvraag 70 en 72, Ars Aequi 1962-1963, blz. 69 e.v., speciaal blz. 76 afdwining en met name reële executie wel mogelijk.

<sup>403</sup> Voor de BRepD wordt hetzelfde aangenomen: vgl. G. Beitzke, Familienrecht, München 1981, blz. 59 en Soergel-Lange, B.G.B., Kohlhammer-Kommentar 1971, par. 1353, no. 18-21. Overigens, verkrachting binnen het huwelijk is niet strafbaar, vgl. art. 242 Sr.

<sup>404</sup> Dat dit in de vorige eeuw anders was blijkt duidelijk uit Belgische en Franse jurisprudentie. Voor België: Hof van Beroep Brussel 1 april 1824, Pas. 1824, 92; Hof van Beroep Brussel 8 mei 1828, Pas. 1828, 173; Hof van Beroep Brussel 31 december 1877, Pas. 1878, I, 180, bevestigd door Hof van Cassatie 9 januari 1879, Pas. 1879, I, 50. A.G. Dumon (conclusie bij Benelux-gerechtshof 11 mei 1982, NJ 1983, 613, blz. 1935 rk.) acht het mogelijk om met behulp van deurwaarder en sterke arm een gehuwde vrouw die veroordeeld werd opnieuw haar intrek in de echtelijke woning te nemen, onder deze dwang haar te verplichten zich in die woning te voegen. Voor Frankrijk: Cass. 26 juni 1878, Rec. Sirey 1879.1.176 en in deze eeuw Cour d'appel Chambéry 27 oktober 1931, Rec. Sirey 1932.2.14.

Voor Nederland wil ik wijzen op de volgende uitspraken:

-de vrouw kan niet door de sterke arm der openbare macht tot naleving van haar verplichting tot samenwonen worden genoodzaakt: Hof Gelderland 6 juni 1849, W 1032; Hof Zuid-Holland 16 januari 1850, W 1097; Rb. Amsterdam 18 maart 1863, W 2493; Hof Noord-Holland 23 juni 1864, W 2667; Rb. Maastricht 4 december 1873, W 3680; Rb. Zwolle 12 april 1876, W 4007; Rb. Leeuwarden

In hoeverre kan opgetreden worden als er sprake is van een inbreuk op het huwelijk tegen de derde en de partner?<sup>405</sup> Hiervoor hebben we gezien dat aan art. 1:81 BW geen zelfstandige betekenis kon worden toegekend.<sup>406</sup>

Een mogelijkheid om bepaalde inbreuken op de huwelijksgemeenschap en/of de materiele schade daarvan op de derde af te wentelen biedt art. 1401 BW. Er is namelijk sprake van een tekort schieten voor het priveleven van een ander, zoals bedoeld in art. 8 ECRM, door via verleiding, bedreiging of misbruik van positie of overwicht dan wel als bevreemding van wraakgevoelens te proberen een der echtgenoten over te halen de huwelijksplichten niet na te komen. Deze misdraging levert een onrechtmatige daad op want zij is in ieder geval in strijd met de goede zeden of de maatschappelijke zorgvuldigheid, zodat de derde aansprakelijk gesteld kan worden voor de schade die aldus aan de andere echtgenoot is toegebracht. Daarmee wordt duidelijk dat de vraag of art. 1:81 BW al dan niet een rechtsplicht inhoudt irrelevant is. Daarnaast geldt dat geenszins noodzakelijk is dat, wil van een onrechtmatige daad sprake zijn, inbreuk wordt gemaakt op zuiver in het vermogensrecht wortelende rechten en belangen (Hof Amsterdam 24 maart 1949, NJ 1950, 142). Een verbod tot verdere stoornis,<sup>407</sup> eventueel versterkt met een dwangsom, kan verkregen worden. Reeë executie daarentegen zal niet mogelijk zijn.

---

13 mei 1886, W 5467; Rb. Haarlem 24 oktober 1933, NJ 1934, 777. Anders: Rb. Assen 18 november 1848, W 648; Rb. Rotterdam 21 mei 1849, W 1049; Rb. 's-Gravenhage 8 juni 1860, W 2197.

-de vrouw die haar verplichting om met haar man samen te wonen niet nakomt kan tot schadevergoeding veroordeeld worden: Hof Gelderland 27 december 1855, W 1737; Rb. Amsterdam 18 maart 1863, W 2493; Hof Noord-Holland 23 juni 1864, W 2667. Anders: Rb. Maastricht 4 december 1873, W 3680. Zie ook M. van der Tuuk Johzn, Opmerkingen over de huwelijksplichten van art. 161 Burg. Wetb., diss., Groningen 1880.

<sup>405</sup> Zie in verschillende zin Asser-de Ruiter II, no. 102; C.A. Boukema, Civielrechtelijke samenloop, diss. 1966, blz. 85-89; Van Nispen, no. 177, noot 31; Onrechtmatige Daad, no. III-38m; Wiarda, blz. 69 e.v. Zie ook par. 9.2.3.2.

<sup>406</sup> Vgl. HR 20 juni 1963, NJ 1964, 452.

<sup>407</sup> Dat zo'n verbod niet irreeel hoeft te zijn wil ik illustreren met een door Wiarda op blz. 78 aangehaald citaat (hem uit het hart gegrepen): "Mijns inziens kan een verbod een zeer nuttige werking hebben bij een amoureuze bevlieving tussen echtgenote respectievelijk echtgenoot en derde, namelijk om beiden of althans een van beiden weer tot rede te brengen. De rigoureuze werking van echtscheiding en, in mindere mate van scheiding van tafel en bed wordt hiermede (voorlopig) voorkomen, hetgeen in het belang is van het gezin en vooral van de eventuele kinderen." Zie ook het op dezelfde bladzijde geciteerde uit NJB 1947, blz. 496 van J.C. van Oven: "Vele moeders hebben in de loop der menselijke geschiedenis een voorbijgaande passie voor een verleidelijke derde moeten verwerken en zijn niettemin voortreffelijke moeders, huisvrouwen en tenslotte ook echtgenoten gebleven, en niet minder vaders hebben ogenblikken van zwakheid gekend en waren niettemin uitmuntende patres familias."

## 6.5 AFGIFTE VAN MINDERJARIGEN

### 6.5.1 Algemeen

Bij de afgifte van minderjarigen<sup>408</sup> ligt de zaak anders dan bij de verplichting om in de echtelijke woning terug te keren. Zo zegt art. 925 Rv. dat bij iedere beschikking betreffende de gezagsuitoefening over minderjarigen de rechter tevens de afgifte dezer minderjarigen beveelt aan degene aan wie zij ingevolge de beschikking tijdelijk of blijvend worden toevertrouwd. Achtergrond van de bepaling is dat degenen bij wie minderjarigen verblijven zich in de regel weinig van een rechterlijke beslissing, waarbij de uitoefening van het gezag aan een ander is opgedragen, zouden aantrekken, wanneer zo'n beslissing niet desnoods tegen hun wil in kan worden tenuitvoergelegd. Daarom dient de beschikking een dictum te bevatten dat zich voor tenuitvoerlegging leent. Op grond van art. 912 sub c Rv. is het openbaar ministerie belast met de uitvoering van het bevel van art. 925 Rv. Daartoe wordt door de politie medewerking verleend. Art. 926 Rv. handelt over de reële executie van het bevel tot afgifte en heeft als voornaamste betekenis dat de politie de bevoegdheid verkrijgt een woning binnen te treden tegen de wil van de bewoner. Op grond van lid 3, hetgeen in overeenstemming is met art. 12 GW, dienen daarbij zekere formaliteiten in acht genomen te worden.

### 6.5.2 Omgangsregelingen

#### 6.5.2.1 Algemeen

De afgifte van minderjarigen speelt sterk bij de zogenaamde omgangsregelingen.<sup>409</sup> Ook hier kunnen we een belangrijke vorm van reële

<sup>408</sup> Zie Rechtsvordering en Van Rossem-Cleveringa in hun aantekeningen op de artt. 912, 925 en 926; Meijers-Vermeulen, blz. 233; Pres. rb. Amsterdam 20 april 1933, NJ 1933, 751; Pres. rb. 's-Gravenhage 3 maart 1960 en Rb. 's-Gravenhage 20 april 1960, NJ 1961, 15; Pres. rb. Amsterdam 8 april 1965, NJ 1965, 300; Pres. rb. Leeuwarden 28 augustus 1970, NJ 1971, 3; HR 14 mei 1971, NJ 1971, 369 en Pres. rb. Dordrecht 22 december 1971, NJ 1972, 228. In HR 22 mei 1981, NJ 1983, 609 vinden we een voorbeeld dat ex art. 925 Rv. een bevel tot afgifte gegeven werd, maar de tenuitvoerlegging op grond van de artt. 912 jo. 926 Rv. niet lukte omdat de verblijfplaats van het kind niet te achterhalen viel. Vgl. ook Pres. rb. Leeuwarden 2 december 1986, KG 1987, 11.

<sup>409</sup> Uit de vele literatuur die voorhanden is doe ik hier een greep. Asser-de Ruiters II, no. 594 e.v. (met literatuuropgave in no. 606); J.E. Doek, Omgangsrecht, 's-Gravenhage 1984; A. Heida, Omgangsrecht na verbroken concubinaat, NJB 1985, blz. 647-650; M. de Langen, Kinderen zijn ouders een zorg, NJB 1986, blz. 1385-1389; A. Minkenhof, De wet herziening echtscheidingsrecht, Groningen 1971, blz. 78 e.v.; Omgang met elkaar, onderzoek naar

executie in het personen- en familierecht vinden. Omgangsregelingen worden met name getroffen als een huwelijk/relatie 'mislukt' is. De regeling wordt dan met de ex-partner, de kinderen of de ouders afgesloten. Daarbij is het zelfs mogelijk dat er sprake zal zijn van een contactverbod<sup>1</sup>

Allereerst zal aandacht besteed worden aan de regeling die getroffen wordt tussen ouder en kind na echtscheiding c.q. scheiding van tafel en bed c.q. ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed.

Na de echtscheiding zal veelal een van beide ouders belast worden met de voogdij.<sup>410</sup> De artt. 1:170 lid 1 en 182 BW treffen een met art. 1:161 lid 1 BW overeenstemmende regeling: ook dan verkrijgt een der ouders het gezag over het kind. Het is deze ouder aan wie het kind wordt toevertrouwd en die primair belast is met de opvoeding van, het toezicht op en het onderhouden van het kind. Gemakshalve zal ik deze ouder in het vervolg aanduiden als degene die met het gezag belast is. Tussen deze ouder en het kind hoeft geen nadere regeling getroffen te worden: het kind woont thuis, gaat naar school, etc. Kortom het kind heeft direct contact met deze ouder. Met de ouder die niet met het gezag belast is, die een minder veelvuldig en vrijwel zeker geen dagelijks contact met het kind zal hebben, dient wel een andere afspraak gemaakt te worden: er kan een omgangsregeling getroffen worden. Immers er bestaat geen enkele wettelijke gezagsverhouding meer van ouder jegens kind. Voorop dient te staan dat ik uitga van de nog wat jongere kinderen. Kinderen van 17-18 jaar worden geacht hun belangen zelf te kunnen overzien, zij kunnen zelfstandig wonen, aan het arbeidsproces deelnemen, etc. Willen zij geen contact meer onderhouden met een ouder (of beide ouders) dan zal dit nauwelijks afgedwongen kunnen worden.<sup>411</sup> Het bepaalde in art. 10 GW en art. 8 ECRM aangaan-

---

de totstandkoming van omgangsregelingen na scheiding in Zuidelijk Nederland, sectie jeugdrecht Katholieke Hogeschool Tilburg, Deventer 1978, P.T.M. Prinsen, Omgangsrecht, Advocatenblad 1980, blz. 278 e.v.; J. de Ruiter, Belangrijk bezoek, rede VU 1970; Schenk, blz. 152 e.v.. Zie ook wetsontwerp 18.964, waarover: N. Holtrust en S.L. Sevenhuysen, Nieuw wetsvoorstel omgangsrecht, NJB 1986, blz. 545-549.

<sup>410</sup> Ouderlijke macht na echtscheiding komt in de praktijk nog weinig voor, aangezien deze mogelijkheid recent -in afwijking van art. 1:161 lid 1 BW- door de Hoge Raad erkend is bij uitspraak van 4 mei 1984, NJ 1985, 510. Bij uitspraak van 21 maart 1986, NJ 1986, 585 is deze lijn door de Hoge Raad doorgetrokken en is ouderlijke macht ook mogelijk geacht voor ouders die tot hun minderjarige kinderen in familierechtelijke betrekking staan, maar niet (meer) met elkaar zijn gehuwd. Ouderlijke macht impliceert contact met het kind. Zie hierover: J. de Boer, Ouderlijke macht van ouders die niet of niet meer met elkaar gehuwd zijn, NJCM-bulletin 1986, blz. 344 e.v.; M. de Langen, Gezamenlijk gezag van niet gehuwde en nimmer gehuwd geweest zijnde ouders, WPNR 5784 (1986); M. Rood-de Boer, Duidelijkheid en zekerheid, NJB 1986, blz. 601-603 en A.W.M. Willems, Ouderlijke macht van ongehuwden, NJB 1986, blz. 604-607.

<sup>411</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 4 april 1972, NJ 1972, 276: door de vader verzochte omgangsregeling afgewezen nu 17-jarige dochter geen contact met hem wilde hebben. Pres. rb. Amsterdam 27 januari

de de persoonlijke levenssfeer beperkt de rechten van de ouders. In art. 1:245 BW mag dan bepaald zijn dat een kind van welke leeftijd ook, aan zijn ouders eerbied en ontzag verschuldigd is, doch dit is slechts een zedelijke norm, die door de wetgever niet gesanctioneerd is, omdat een sanctie hier onmogelijk is.<sup>412</sup>

Ook zal ik geen aandacht besteden aan de gevallen dat de ouders in onderling overleg tot een goede regeling komen en er geen moeilijkheden ontstaan. In zulke gevallen bestaat een zekere harmonie, zodat niet naar een conflictsoplossing, want dat is reële executie, behoeft te worden gegrepen. Ik ga uit van gevallen waarbij tussen man, vrouw en jonger kind geen volledige overeenstemming bestaat, bijvoorbeeld omdat een ouder zich verzet tegen contacten van het kind met de andere ouder. In die gevallen zal op grond van de artt. 1:161, 170 en 182 BW de rechter gevraagd kunnen worden een omgangsregeling vast te stellen, wat degene wiens contacten afgesneden dreigden te worden een mogelijkheid biedt deze toch te blijven onderhouden.

De ouder die met het gezag over het kind belast is, kan dit gezag niet gebruiken om ieder contact tussen kind en andere ouder te verbieden. In dat geval is er sprake van een ernstige tekortkoming in de uitoefening van het gezag, wat wijziging van dat gezag mogelijk maakt. Op 28 augustus 1939, NJ 1939, 948 besliste de Hoge Raad dit al voor voorgdij. Dit betekende echter nog niet dat tussen ouder en kind sprake was van een rechtspositie met betrekking tot hun onderlinge omgang. Eerst door het opnemen van de voorgangers van de artikelen 161, 170 en 182 in boek 1 BW ontstond die.

Zijn de ouders nog gehuwd dan heeft iedere ouder nog het gezag over het kind en moet het omgangsrecht van de ander met het kind geduld worden op grond van de artt. 1:81 en 83 BW. Een omgangsregeling voor het geval een kind tijdens de echtscheidingsprocedure ex art. 825b Rv bij een der ouders verblijft, berust op dezelfde artikelen.

Is het huwelijk ontbonden c.q. bestaat scheiding van tafel en bed, dan geven de artt. 1:161 lid 5 en 170 lid 4 BW een aanknopingspunt. In deze artikelen is een voorlopige regeling<sup>413</sup> gegeven, die nader uitgewerkt moet worden door de wetgever. Die uitwerking vindt plaats in wetsontwerp 18.964. Uitgaande van die voorlopigheid is sprake van een weinig principiële formulering als een bevoegdheid van de rechter waarbij geen maatstaven gegeven worden. Als art. 8 ECRM waarin 'the right to family life' erkend wordt en de beslissing van de Europese Commissie voor de rechten van de mens van 18 maart 1980, NJ 1981, 121 in het oog gehouden worden, zal het treffen van een omgangsregeling regel moeten zijn.

Hoewel de wetstekst niet letterlijk aan dit beginsel voldoet, is de rechtspraak wel uitgegaan van dit beginsel. Dat is ook de reden dat een meerderheid van de Europese Commissie voor de rechten van de

---

1983, KG 1983, 72: De uitoefening van de ouderlijke macht kan niet zover gaan, dat de minderjarige als in kwestie (geboren in 1963) tegen haar wil kan worden gedwongen in het ouderlijk huis te blijven wonen. De gerechtvaardigde bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van de onderhavige minderjarige brengt i.c. mee ... (bevestigd door Hof Amsterdam 20 oktober 1983, ongepubliceerd, cassatieberoep van de vader niet-ontvankelijk verklaard door HR 6 april 1984, NJ 1984, 525).

<sup>412</sup> Vgl. Asser-de Ruiter I, blz. 153.

<sup>413</sup> Vgl. HR 4 november 1977, NJ 1978, 418.

mens op 8 maart 1982, NJ 1983, 191 kon beslissen dat het opnemen van een subjectief recht in de Nederlandse wetgeving niet nodig geacht werd. Vroeger werd uitgegaan van een stelsel met belangenafweging wat erop neer kwam dat het belang van het kind het zwaarste moest wegen, maar dat het belang van de ouder daarbij niet uit het oog mocht worden verloren.<sup>414</sup> Nu wordt uitgegaan van een aanspraak op contacten met het kind, die slechts wijkt voor ernstige schade aan de belangen van het kind, wat gefundeerd wordt in het recht van het kind op zijn gezinsleven, zoals art. 8 ECRM dat omschrijft.<sup>415</sup> In HR 24 februari 1984, NJ 1984, 439 werd dan ook overwogen dat er geen recht op vastlegging van een omgangsregeling bestaat ook al bestaan er ten aanzien van het contact tussen die ene ouder en kind geen problemen.

Vervolgens kan de vraag gesteld worden of het hier bepaalde ruim dan wel eng geïnterpreteerd moet worden. Ofwel kan ook een omgangsregeling getroffen worden als de ouders niet gehuwd waren, bijvoorbeeld samenwoonden. In de uitspraken van 26 mei 1977, NJ 1978, 417 en 4 november 1977, NJ 1978, 418 (vgl. ook Rood-de Boer in *Ars Aequi* 1979, blz. 408 e.v.) heeft de Hoge Raad aangegeven dat dit wel mogelijk is en dat dit het geval is wanneer van een gezinsband gesproken kon worden.<sup>416</sup> Op 1 juli 1983, NJ 1984, 128, erkende de Hoge Raad dat een omgangsregeling kan worden vastgesteld na het uiteenvallen van een samenleving in gezinsverband buiten huwelijk, waaruit een kind geboren is dat bij de geboorte door de vader is erkend. Bij arresten van 22 februari 1985, NJ 1986, 3, 10 mei 1985, NJ 1986, 5, en 15 juli 1985, NJ 1986, 6 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het omgangsrecht ook toekomt aan de vader die het kind niet erkend heeft, maar wel samenleefde met de moeder in een op een gezinssituatie lijkende relatie.<sup>417</sup>

<sup>414</sup> Bijv. HR 28 augustus 1974, NJ 1975, 277; HR 15 februari 1980, NJ 1980, 329.

<sup>415</sup> Vgl. HR 2 mei 1980, NJ 1980, 537; HR 25 september 1981, NJ 1982, 557; HR 13 november 1981, NJ 1982, 558; HR 19 maart 1982, NJ 1982, 559; HR 16 april 1982, NJ 1982, 560; HR 7 mei 1982, NJ 1982, 561; HR 25 juni 1982, NJ 1982, 562; HR 23 maart 1984, NJ 1984, 456; HR 21 maart 1986, NJ 1986, 548; HR 8 augustus 1986, NJ 1987, 40; eerder al Hof Amsterdam 18 februari 1975, NJ 1975, 315. Zie ook de conclusie voor HR 21 februari 1986, NJ 1986, 380.

<sup>416</sup> Doek, blz. 96 e.v. en 164-165; Rb. 's-Gravenhage 28 november 1984, FJR 1985, blz. 61; Hof Amsterdam 9 januari 1985, FJR 1985, blz. 62.

<sup>417</sup> Zie A. Heida, NJB 1985, blz. 647-650; A.A.L. Minkenhof, *Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Familierecht 1981-1985*, WPNR 5749 (1985), blz. 539-541. Van de overige jurisprudentie valt te noemen: Hof 's-Hertogenbosch 18 december 1975, NJ 1976, 308: geen omgangsregeling na ontheffing of ontzetting; Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 1979, NJ 1979, 528: wel omgangsregeling na benoeming van vereniging tot voogdes in het kader van de gezagsvoorziening na echtscheiding; Rb. Leeuwarden 13 februari 1980, NJ 1980, 640: wel omgangsregeling nadat de moeder van het gezag is ontheven en de vader tot voogd is aangesteld. Bij uitspraak van 21 maart 1986, NJ 1986, 585 heeft de Hoge Raad deze lijn doorgetrokken door ouderlijke macht mogelijk te achten voor ouders die weliswaar tot hun minderjarige kinderen in familierechtelijke betrekking staan, maar niet (meer) met elkaar zijn gehuwd.

Dat de regeling uitgebreid kan worden tot andere personen dan de in het artikel genoemden werd al aangenomen door Hof Amsterdam 4 juni 1974, NJ 1975, 166 (derde-voogd) maar is door Hof 's-Gravenhage 13 juni 1975, NJ 1976, 49 (derde-voogd) en rechtbank Amsterdam 2 februari 1972, NJ 1972, 173 (stiefvader) ontkend. Gezien de recente rechtspraak van de Hoge Raad<sup>418</sup> lijkt me de afwijzing niet gegrond.

Behalve uit een door de rechter opgelegde omgangsregeling, ontstaan rechten en verplichtingen ook uit een door de partijen onderling overeengekomen omgangsregeling. De overeenkomst bindt immers partijen, afspraak is afspraak.

### 6.5.2.2 Sancties

De vraag is nu of, en zo ja hoe, de niet-naleving van de verplichtingen die uit de omgangsregeling voortvloeien gesanctioneerd kunnen worden.<sup>419</sup>

Allereerst valt erop te wijzen dat als de tot de omgang gerechtigde ouder de omgangsregeling niet in acht neemt, deze gewijzigd en zelfs ingetrokken kan worden. Ten aanzien van de ouder die met het gezag belast is en de omgangsregeling moet dulden, ligt het moeilijker. Een mogelijkheid is de (dreiging met) wijziging van het gezag; dat zou voortaan kunnen toekomen aan de andere ouder.<sup>420</sup> Daarnaast wordt van de mogelijkheid tot ondertoezichtstelling gebruik gemaakt, al wordt dit ook bestreden.<sup>421</sup>

Naast deze dwangmiddelen is te wijzen op het opleggen van een dwangsom. Zowel de rechtspraak als de literatuur is verdeeld.<sup>422</sup>

---

Zie ook Rb. Amsterdam 19 maart 1985, NJ 1986, 320: erkenning van een natuurlijk kind mogelijk geacht zonder de toestemming van de moeder, omdat art. 1:224 lid 1 sub d BW in strijd is met art. 8 lid 2 ECRM; bevel aan de ambtenaar van burgerlijke stand een akte van erkenning op te maken, zodat de erkenning van een natuurlijk kind reeel executabel is, en HR 16 mei 1986, NJ 1986, 627. Blijkens HR 5 december 1986, RvdW 1986, 200 moet het begrip "gezinsleven" echter niet te ruim worden opgevat: geen omgangsrecht voor vrouw ten opzichte van kind dat in onderling overleg is verwekt bij haar vriendin tijdens hun samenleving, maar geboren nadat die samenleving was verbroken.

<sup>418</sup> HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510 en HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585.

<sup>419</sup> Zie ook wetsontwerp 18.964, nr 3, MvT, blz. 14.

<sup>420</sup> Hof Amsterdam 26 september 1972 en 12 juni 1973, NJ 1973, 466; Doek blz. 61-64 en 150-151.

<sup>421</sup> Resp. Hof Arnhem 4 februari 1975, NJ 1975, 429 en Hof Leeuwarden 21 mei 1975, NJ 1976, 261. Zie ook Doek, blz. 60-61 en 150; Rb. Leeuwarden 13 februari 1980, NJ 1980, 640; Rb. 's-Gravenhage 1 maart 1984, FJR 1985, blz. 57 en Hof Amsterdam 2 januari 1985, FJR 1985, blz. 59.

<sup>422</sup> Dwangsom mogelijk geacht door: Pres. rb. 's-Gravenhage 18 december 1968, NJ 1969, 442; Pres. rb. Breda 14 januari 1969, NJ 1969, 248; Hof Arnhem 10 april 1973, NJ 1973, 512; Pres. rb. Utrecht 25 april 1975, NJ 1975, 430; Pres. rb. Alkmaar 25 juli 1978, NJ 1979, 249; Pres. rb. Haarlem 11 april 1979, FJR 1980, blz. 56; Pres. rb. Utrecht 23 juli 1980, NJ 1981, 248; Pres. rb.

Uit recente uitspraken blijkt dat het opleggen van een dwangsom bij de niet-nakoming van een rechterlijk bevel om een kind af te geven aan de moeder-voogdes en bij de niet-nakoming door de moeder-voogdes van een door de rechter getroffen omgangsregeling tussen de kinderen en de vader, niet in strijd is met de Benelux Eenvormige wet betreffende de dwangsom, onze artt. 611a e.v. Rv.<sup>423</sup>

Nog een indirect executiemiddel valt te noemen: de lijfswang of gijzeling. Dit middel is echter zo ingrijpend dat de rechter het niet snel zal aanwenden in het belang van het kind. Het betreft hier zo'n zware en verhardende maatregel dat als deze zou worden opgelegd voor een toekomstige vrijwillige (althans met minder dwang gepaard gaande) regeling weinig mogelijkheden overblijven. In zijn vonnis van 14 april 1980 (te vinden in HR 26 juni 1981, NJ 1983, 612) wees de president van de rechtbank te 's-Gravenhage deze mogelijkheid dan ook af.<sup>424</sup>

---

Arnhem 2 februari 1983, KG 1983, 73; Pres. rb. 's-Gravenhage 14 april 1980 te kennen uit HR 28 juni 1981, NJ 1983, 612. Afwijzend tegenover de dwangsom in dit soort gevallen stonden: Hof Amsterdam 29 juni 1977, NJ 1978, 158; Pres. rb. Amsterdam 16 juni 1983, KG 1983, 218. Hof Arnhem 24 oktober 1983 vernietigde de uitspraak van de Arnhemse rechtbankpresident van 2 februari 1983, KG 1983, 73. Zie voor literatuur de door AG Haak in zijn conclusie bij HR 26 juni 1981, NJ 1983, 612 op blz. 1126 rk genoemden, alsmede M.R. Wijnholt die in een interview in Tremas 1981, blz. 74 opmerkt: "Dwang bij omgangsregeling zet geen zoden aan de dijk. Dat heeft de praktijk al lang bewezen. De wetgever kan proberen het zo goed mogelijk te regelen, maar ik zie niet veel mogelijkheden. Vroeger, toen ik nog in Amsterdam werkte, maakte ik het wel mee dat men iets dergelijks in kort geding vroeg, maar dat haalde nooit iets uit. Het enige wat je kon proberen was op de mensen in te praten in de hoop dat nog iets te bereiken, maar het vonnis zelf, daar heb ik nooit enig heil van verwacht. Maar je weet nooit hoe een koe een haas vangt; het kan zijn dat net die ene kort gedingzitting iemand over de drempel haalt.

Ik sta er uiterst sceptisch tegenover, maar je weet het nooit. 't Zit hem dan in het gesprek, misschien dat de rechter net de goede snaar raakt of dat de situatie net rijp is maar, laten we zeggen, het dwangelement dat aan een vonnis zit, dat brengt een oplossing niet dichterbij."

Heemskerk in zijn noot onder HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213 acht de dwangsom bij een omgangsregeling een onding en verwijst naar art. 3.11.21 NBW. Doek, blz. 59 en 150, meent dat sancties met grote terughoudendheid dienen te worden gevraagd c.q. toegepast. Het vragen van een dwangsom lijkt het meest effectief als het gaat om het doorbreken van een "incidentele" onwil -dat wil zeggen als er geen structurele, dieper liggende belemmeringen zijn- en het gevraagde bedrag afgestemd is op de financiële mogelijkheden van de ouder-voogd.

<sup>423</sup> Benelux Gerechtshof 11 mei 1982, NJ 1983, 610; Benelux Gerechtshof 11 mei 1982, NJ 1983, 613.

<sup>424</sup> Eind december 1983 deed zich een opmerkelijk feit voor: een Amsterdammer verkreeg via een kort geding de mogelijkheid zijn ex-echtgenote te laten gijzelen als zij omgang van het aan haar toegewezen kind met de vader zou blijven weigeren. De gijzeling zou dan niet langer dan een maand mogen duren. Voor zover bekend is dit de eerste keer dat met het verregaande middel gijze-



Nu de indirecte dwangmiddelen als sanctiemogelijkheid veelal niet bruikbaar zijn door de bijzondere eisen die het geval stelt in verband met de verhouding tussen de ouders, de verhouding tussen ouder en kind, het belang van het kind, etc. komt de vraag naar voren of reële executie mogelijk is. Dat de indirecte sanctiemiddelen niet optimaal zijn houdt nog niet per definitie in dat ook de reële executie op bezwaren stuit, beide moeten los van elkaar gezien worden.<sup>425</sup>

Welke mogelijkheid dient zich aan bij de omgangsregeling tussen kind en ouder die niet met het gezag belast is?

Uit art. 925 Rv. blijkt dat bij iedere beschikking betreffende de gezagsuitoefening over minderjarigen, de rechter tevens beveelt de afgifte van deze minderjarigen aan degene aan wie het gezag ingevolge de beschikking tijdelijk of blijvend wordt vertrouwd. Art. 912 Rv. geeft aan dat het openbaar ministerie medewerking dient te verlenen aan dit bevel, wat geschiedt doordat politie-agenten de deurwaarder die ex art. 926 Rv. optreedt bijstaan. Het lijkt me dat omgangsregelingen onder art. 925 Rv. vallen: het gezag over het kind wordt tijdelijk (nl. bijv. zaterdag(middag) eens per zoveel weken) toevertrouwd aan de ouder die overigens niet met het gezag belast is. Dit betekent dat deurwaarder en agenten zouden kunnen optreden wanneer geen gevolg wordt gegeven aan de omgangsregeling. Zodanig optreden is in de regel niet in het belang van het kind. Dat bij een volledige wijziging in het gezag van deze mogelijkheid gebruik gemaakt wordt, kan ik me voorstellen en zal veelal op den duur ook in het belang van het kind zijn. Dat echter voor een bezoekje van enkele uren eens in de zoveel weken de deurwaarder ingeschakeld zal worden, die dan met politiehulp optreedt, lijkt me zeker niet in het belang van het kind. De verhoudingen zullen dan zo verstoord zijn, zowel tussen de ouders als tussen ouder en kind, dat deze mogelijkheid verworpen moet worden. Dat een ouder zelf zou mogen optreden is niet geheel uitgesloten. Mijns inziens hebben we te maken met een geval van geoorloofde eigenrichting of reële executie als de vader het kind vrijdagmiddag na schooltijd en zaterdag bij zich mag hebben en hij vrijdagmiddag vier uur het kind tegen de wil van de moeder meeneemt.

We hebben hier met een situatie te maken die zo zeer samenhangt met de betrokken personen dat de mogelijkheid tot reële executie, de afgifte van het kind, zeer uitzonderlijk zal zijn en bijna uitgesloten geacht moet worden.<sup>426</sup>

In NJB 1976, blz. 1163 merkt Rood-de Boer op 'dat het familierecht voortdurend tracht zaken te regelen die zich in wezen onttrekken aan de mogelijkheid van het recht'. Ik ben het met haar eens. Hier hebben we zo'n geval.

---

ling een door de rechter opgelegde omgangsregeling met het kind kan worden afgedwongen. Al drie maal eerder was in deze zaak een dwangsom opgelegd, de laatste maal van f. 200.000,-- (ontleend aan NJB 1984, blz. 127). Zie ook Rb. Rotterdam 15 juli 1985, NJ 1986, 564: lijfswang of dwangsom bij tenuitvoerleggen gezagsvoorziening.

<sup>425</sup> Zie ook Meijers, VPO II, blz. 284 en par. 8.8.4.

<sup>426</sup> Voorbeelden zijn te vinden in: Pres. rb. Alkmaar 10 september 1973, NJ 1974, 448 en Hof 's-Gravenhage 16 mei 1980 (te vinden in HR 22 mei 1981, NJ 1983, 609).

### 6.5.3 Geen omgangsregeling

Tot nu toe is aandacht besteed aan het geval dat de ene ouder contact wil onderhouden met het kind en dat dit geschiedt door middel van een omgangsregeling. Te denken valt echter ook aan de gevallen dat de rechter heeft uitgemaakt dat het in het belang van het kind is dat geen omgangsregeling tot stand komt en dat de betrokken ouder zich daar niet aan houdt. Hier bestaat veel minder weerstand tegen dwangmiddelen of de mogelijkheid van reële executie. Het betreft namelijk niet een situatie waarbij het kind spoedig in dubio komt te staan wie van beide ouders de voorkeur moet genieten en dat met beiden goede contacten moeten bestaan, alleen al omdat het kind de 'andere' ouder al geruime tijd niet gezien heeft en vooral bij jonge kinderen al spoedig vervreemdingsverschijnselen optreden. In dit geval heeft het kind eigenlijk slechts te maken met een ouder. Het is dan gewenst dat op de vertrouwensrelatie die tussen die ene ouder en het kind bestaat c.q. wordt opgebouwd geen inbreuk gemaakt wordt door de andere ouder. Om in deze gevallen via een dwangsom die andere ouder te weerhouden contacten met het kind te onderhouden lijkt me een niet bij voorbaat te verwerpen mogelijkheid. In deze gevallen is reële executie mogelijk. Daarbij kan de hulp van agenten gewenst zijn. Deze hulp berust dan niet op art. 926 Rv., maar op het algemene art. 28 Politiewet, waar de politie opdracht gegeven wordt hulp te verlenen aan allen die dat behoeven.

In de rechtspraak heb ik geen uitspraak in deze richting gevonden, wat waarschijnlijk samenhangt met de betekenis die aan art. 8 ECRM toegekend moet worden en met de algemeen heersende opvatting dat zo mogelijk het kind contacten moet blijven onderhouden met de andere ouder.<sup>427</sup> Anderzijds heb ik ook geen uitspraken gevonden die deze mogelijkheid uitsluiten. Hoogstens zou gewezen kunnen worden op HR 6 april 1984, NJ 1984, 525. In deze uitspraak werd de vordering van de (bijna) meerderjarige van huis weggelopen dochter toegewezen: haar vader werd bevolen de pogingen te staken haar weer in het ouderlijk huis te doen opnemen en hem werd verboden zich in de omgeving van haar woon- en schooladres te bevinden.

### 6.5.4 Omgangsregeling met anderen dan de ouders

Na hetgeen ik hierboven opgemerkt heb, meen ik kort te kunnen zijn over grootouders, pleegouders en stiefouders. Uit de uitspraak van de Europese Commissie voor de rechten van de mens van 13 maart 1980, NJ 1981, 121 blijkt dat er sprake is van een ruime fundering van het omgangsrecht, de omgangsbevoegdheid die deel uitmaakt van het 'right to family life' van art. 8 ECRM. Dit betekent dat grootouders, pleegouders en stiefouders (mijns inziens terecht) de mogelijkheid moeten hebben contact te onderhouden met hun klein-, pleeg- of stiefkind. Deze ruime opvatting van de omgangsbevoegdheid vinden we zelfs al gedeeltelijk in de wet. Art. 1:229 lid 3 BW zegt dat de eigen ouder, dat wil zeggen de ouder die niet adoptant is, na de adoptie een met toepassing of overeenkomstige toepassing van art. 1:161 lid 5 BW

<sup>427</sup> Zie bijvoorbeeld Pres. rb. Arnhem 2 februari 1983, KG 1983, 73. Vgl. ook HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510 en HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585.

getroffen omgangsregeling tussen kind en die ouder van kracht kan laten blijven door de rechtbank een dergelijk verzoek te doen. Van een familierechtelijke betrekking of gezagsrelatie tussen kind en die ouder is dan geen sprake meer.

Soms is het ouders een doorn in het oog dat hun kinderen omgaan met derden, zeker als deze het ouderlijk gezag probeert aan te tasten. Uit de rechtspraak blijkt dat ouders een verbod van verdere omgang met het kind gericht tot de derde kunnen verkrijgen. Twee gevallen noem ik. Allereerst Hof Amsterdam 24 maart 1949, NJ 1950, 142 waar een verbod werd uitgesproken tegen (waarschijnlijk) een hulpverlener van een sociale instelling om contact te onderhouden met de minderjarige dochter en om onder welk voorwendsel dan ook het huis van de ouders te betreden. Dit verbod berustte op art. 356 (nu 1:246) en 1401 BW. Vervolgens Pres. rb. 's-Hertogenbosch 12 mei 1950, NJ 1951, 374 waar de ouders een omgangsverbod gericht tegen een 35-jarige man met hun zoon verkregen.

#### 6.5.5 Huisdieren

Huisdieren kunnen soms als kinderen beschouwd worden. Daarom wil ik het vonnis vermelden van een Gentse vrederechter.<sup>428</sup> Deze besliste dat een gescheiden hondebaas wekelijks op zaterdagmorgen het hondje Fifi bij zijn ex-echtgenote mag bezoeken. De vrouw moet toestaan dat haar voormalige echtgenoot het hondje komt knuffelen en meeneemt voor een wandeling. Van vergelijkbare Nederlandse uitspraken ben ik niet op de hoogte. Zou de Nederlandse nuchterheid zich hiertegen verzetten of is onze dierenliefde niet groot genoeg?

#### 6.6 OMGANGSRECHT TUSSEN EX-PARTNERS, CONTACTVERBOD

Dan komen we toe aan de tweede helft van de behandeling van het omgangsrecht, dat tussen ex-echtgenoten of ruimer ex-partners in het algemeen. Of nog ruimer: van de ene mens jegens de andere.

In de gevallen dat de een de ander het leven zuur maakt, kan het nodig zijn de rechter in te schakelen die een omgangsregeling kan treffen. Vaak betekent dit een contact-verbod.<sup>429</sup>

<sup>428</sup> Vrederegerecht Gent 22 juli 1982, RW 1982-1983, 2152. Zie ook De Telegraaf 27 januari 1984 over een beslissing uit Sint Truiden en het Algemeen Dagblad van 25 mei 1985 over een beslissing uit Milaan.

<sup>429</sup> Zie behalve de door AG Leijten in zijn conclusie voor HR 24 mei 1985, NJ 1987, 1 genoemde literatuur: J.H. Blaauw en M.E..Th. de Bruijn-Luikinga, Straatverboden in kort geding, Advocatenblad 1986, blz. 193-198 (die op blz. 196 rk menen dat herstel in natura mogelijk is); Schenk, blz. 148. Een greep uit de recente jurisprudentie: Hof Arnhem 9 juli 1974, NJ 1975, 359; Pres. rb. Zutphen 27 oktober 1981, KG 1981, 161; Pres. rb. Amsterdam 24 januari 1982, NJ 1983, 137; Pres. rb. Dordrecht 23 september 1982, Kluwer Databank KG ongepubliceerd 1016; Pres. rb. Assen 31 januari 1984, KG 1984, 55; Pres. rb. Amsterdam 1 november 1984, KG 1984, 336; Pres. rb. Amsterdam 8 november 1984, KG 1984, 346;

Niet alleen kan in deze gevallen geageerd worden uit onrechtmatige daad, ook valt te denken aan een schending van de artt. 10 GW, 8 ECRM en 17 ECRM. Het door de rechter uitgesproken verbod betekent dat de in het gelijk gestelde partij inbreuken op het privacy-recht kan bestrijden.

Veelal wordt gebruik gemaakt van de dwangsom. Het is toch zeer moeilijk iemand voortdurend te laten volgen door de politie of een detective teneinde te beletten contact te zoeken met de ander. De politie komt al mensen tekort en detectives zijn duur, waarbij het nog de vraag is of deze kosten op de wederpartij te verhalen zijn. Bovendien is het vrijwel niet te voorkomen dat telefonisch contact gezocht wordt, want ook 'geheime' telefoonnummers kunnen bekend worden.

Reële executie zal niet volledig mogelijk zijn. Uitgesloten is het echter niet. Er kan preventief opgetreden worden als de ex-minnaar iedere zaterdag na nachtelijk cafebezoek rond half vier door de alcohol beneveld herrie komt maken. Wil de een (onrechtmatige) advertenties aangaande de ander publiceren, dan kan soms ook nog vooraf ervoor gezorgd worden dat de advertentie niet afgedrukt wordt. In de meeste andere gevallen wordt het echter lastiger. Al met al zien we ook hier dat de reële executie niet tot de groep van mogelijkheden behoort die als eerste in aanmerking komt. Verwonderlijk is het niet, want al eerder zagen we: *nemo praecise ad factum cogi potest*.

---

Pres. rb. Alkmaar 18 januari 1985, KG 1985, 50 (afwijzing van de vordering); Pres. rb. Amsterdam 31 januari 1985, KG 1985, 57 (afwijzing van de vordering); Pres. rb. Breda 2 april 1985, KG 1985, 153; Pres. rb. Groningen 1 mei 1985, KG 1985, 169; Pres. rb. Breda 12 mei 1986, KG 1986, 254 (afwijzing van de vordering); Pres. rb. Amsterdam 12 juni 1986, KG 1986, 285 (straatverbod pleger zedendelict); Pres. rb. Middelburg 6 augustus 1986, KG 1986, 391; vergelijk ook Pres. rb. Middelburg 10 december 1982, FJR 1983, blz. 103 met Hof Amsterdam 19 mei 1970, NJ 1970, 366. De meest verregaande vorm is lijfswang. Een vordering hiertoe werd toegewezen door Pres. rb. Amsterdam 11 april 1985 (rolnr. KG 85/339 G).

### 7.1 INLEIDING

In het tot dusverre behandelde is vrijwel steeds uitgegaan van de mogelijkheid van reele executie op grond van een rechterlijke uitspraak. Alleen bij de ontruiming en de overdracht van onroerend goed hebben we iets meer aandacht besteed aan de akte. In deze paragraaf zullen we nagaan of vonnis en akte een gelijke basis voor reele executie bieden of dat de bewoordingen van art. 436 Rv. niet geheel overeenstemmen met de rechtswerkelijkheid. Uitgangspunt daarbij is dat executoriale maatregelen genomen kunnen worden.

Art. 436 Rv. bepaalt dat aan de grossen van authentieke akten, binnen dit koninkrijk verleden, en aan het hoofd voerende de woorden: In naam des Konings, dezelfde kracht wordt toegekend als aan vonnissen der rechterlijke macht, en dat de bepalingen van artikel 430, het eerste lid van artikel 431 en artikel 434 insgelijks daarop toepasselijk zijn.

Achtergrond van deze gelijkstelling is dat het voeren van een procedure veel tijd kan vergen en hoge eisen aan geduld en financieel uithoudingsvermogen van de schuldeiser kan stellen. Omdat eigenrichting in principe niet wordt toegestaan,<sup>430</sup> zijn schuldeisers gaan zoeken naar een mogelijkheid die waarborgde dat zij de hun toekomende prestatie op eenvoudige en snelle wijze zouden kunnen verkrijgen, zonder dat nonchalance of onwil van de schuldenaar dit in de weg zouden kunnen staan. Daarbij werd ook gekeken naar de betrouwbaarheid van de derde die meewerkte aan het openstellen van de weg die gevonden werd. Het opmaken van een akte waarin de schuldenaar zijn schuldeiser machtigde om datgene te doen wat hijzelf had moeten doen. De authentieke akte bleek de meest betrouwbare weg te zijn omdat er overheidscontrole op en ambtelijke aanstelling van de openbare ambtenaren die authentieke akten konden opmaken, plaatsvond.

Omdat de notariële akte de belangrijkste authentieke akte is, de gelijkstelling van authentieke akte en vonnis uit de geschiedenis van de notariële akte blijkt en ook om het belang van deze akten te onderstrepen, zal allereerst de notariële akte aan de orde komen en zal daarna kort op de overige authentieke akten ingegaan worden.<sup>431</sup>

<sup>430</sup> Vgl. mijn Aan reele executie verwante rechtsfiguren, in het bijzonder de eigenrichting, De Rechtsstrijd 1985, blz. 79-89, 101-106, 126-129, 148-151 en 177-180.

<sup>431</sup> A.R. de Bruijn, De notariële akte als executoriale titel, Ars Notariatus X, Haarlem 1960; G.H.A. Grosheide en G. Nauta, De executoriale kracht van grossen van notariële akten, preadvies Broederschap van Notarissen 1937, Correspondentieblad van de Broederschap der Notarissen in Nederland 1937, blz. 231 e.v., resp. 269 e.v. (met een verslag der discussie op blz. 366 e.v.); G.A. Jansen op de Haar, De executoriale kracht van grossen van notariële akten, WPNR 4605 (1959); G.Ch. Kok, Het Nederlandse notariaat, diss. R.U. Leiden, Deventer 1971; C.A. Kraan, De authentieke akte, diss. UvA 1984; J.C.H. Melis, De notariswet, vijfde druk bewerkt door P.L. Dijk e.a., Zwolle 1982; W.F. Otten,

## 7.2 HISTORISCH OVERZICHT

De oorsprong van de notariële akte ligt ver achter ons:<sup>432</sup> al in het oude Egypte waren akten executabel.

De basis voor de kracht van de huidige notariële akte werd echter pas in de twaalfde eeuw gelegd. In Noord-Italië bracht het herontdekken van het oude recht door de Renaissance mee dat de Universiteit van Bologna notarissen ging opleiden die echte juristen en niet simpele (over)schrijvers waren: zij bedachten contractuele regelingen die tot doel hadden de schuldeisers een snelle verwezenlijking van hun aanspraken tegen hun schuldenaren te verzekeren. Deze contractuele regelingen vonden langzaam ingang in stedelijke statuten, waardoor de erkenning van de executabiliteit van de notariële akte daar een feit was. In eerste instantie verbonden partijen zich in de notariële akte tot het voeren van een proces met als doel het verkrijgen van een rechterlijke veroordeling van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeiser. Later vond men deze procedure overbodig en tot tijdverlies aanleiding gevend en werd de notaris quasi met het rechtersambt bekleed. Nog later (eind veertiende, begin vijftiende eeuw) werd aan de notariële akte executoriale kracht toegekend door de stedelijke statuten, ongeacht of deze akten de daartoe strekkende clausules inhielden of niet.

De tweede bron vormt Frankrijk. Daar valt koning Lodewijk de Heilige te beschouwen als de schepper van het zelfstandige notarisambt. In 1269 (of 1270) gaf hij een regeling aangaande onder meer de authenticiteit en de executabiliteit van de Parijse notarisakten. In 1304 gaf Philips de Schone een regeling die voor alle Franse notarissen zou gelden en waarbij de notarissen bevoegd verklaard werden tot het verlijden van authentieke akten, het bewaren van de akten en het uitgeven van grossen van de door hen verleende akten. Deze ontwikkeling zette zich voort en als Lodewijk XIV in 1697 voor Parijs en in 1706 voor heel Frankrijk bepaalt dat iedere notaire royale een zegel zal bezitten met het koninklijke wapen en dat dit zegel in zijn kwaliteit van notaris aan de akten gehecht moet worden, bezit de notaris alles wat nodig is om authentieke en executabele akten tot stand te brengen: het verlijden

---

De tenuitvoerlegging van Notariële akten, Themis 1848, blz. 590 e.v.; Oudelaar, par. 14; J.C. van Oven, De executoriale kracht van grossen van notariële akten, WPNR 3531 (1937); A. Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 4, Bewijs en verjaring, zesde druk bewerkt door T.R. Hidma, Arnhem 1981, blz. 39 e.v. speciaal blz. 54 e.v.; Burgerlijke Rechtsvordering, losbladige editie, Kluwer Deventer, blz. II-1 en II-36b e.v. (hierna aan te duiden als Rechtsvordering).

<sup>432</sup> Zie aangaande de historie naast de in de vorige noot genoemden ook: R.A.J. Colenbrander, Fragmenten van een onderzoek naar het wezen van het notaris-ambt, Nijkerk 1859, blz. 130 e.v.; B.H.D. Hermesdorf, Het middeleeuwsch notariaat (13de - 15de eeuw), WPNR 3793, 3797, 3800, 3802, 3804 (1942), 3810, 3815, 3822, 3825 en 3826 (1943), J.C.F. Pons in zijn boekbespreking van "Geschiedenis van het Spaanse notariële recht, door dr. José Bono", WPNR 5711 (1984); Rapport KNB voor XVII congres international du notariat latin, Florence 1984, Le Notariat: profession de tradition et d'avenir, rapport rédigé par P.H.M. Gerver et A.A. van Velten, 's-Gravenhage 1984, blz. 21-38; alsmede in het algemeen de door Melis, blz. 36 e.v. gegeven opsomming.

en bewaren van akten, deze van het koninklijk zegel voorzien en het uitgeven van grossen. De Franse revolutie maakte hier geen einde aan, want de wet van 25 Ventose an XI (16 maart 1803) die het notarisambt regelde, kende aan de grossen van de notariële akten executoriale kracht toe; voor de uitgifte moesten zij worden voorzien van een zelfde hoofd en slot als de rechterlijke uitspraken, terwijl er een afdruk van het rijkszegel op moest voorkomen.

Het Nederlandse notariaat is waarschijnlijk langs twee wegen ontstaan. In Holland en Zeeland zal onder Bourgondische invloed het notariaat ontstaan zijn; terwijl in het Noorden en het Oosten en ook in Utrecht, waar de bisschop als leenman van de Duitse keizer fungeerde, het notariaat uit Italië via Duitsland overgenomen zal zijn.<sup>433</sup> Omdat een centraal gezag ontbrak, schout en schepenen veel belangrijk werk aan zich hielden, dat elders door notarissen verricht werd, graven en andere aanzienlijke leenmannen notarissen aanstelden om hun schatkist bij te vullen (waardoor het aantal notarissen te hoog en het peil van deze notarissen te laag lag) en omdat het publiek zich liever tot de overheid wendde die de akten beter dan de notarissen bewaarde, is het niet verwonderlijk dat de toenmalige notaris niet een akte met volledige executoriale kracht kon afgeven.<sup>434</sup> Hij had het niet verder weten te brengen dan tot het beding van vrijwillige overgifte of veroordeling. Zo schreef Joannes van der Linden in zijn uit 1794 daterende "Verhandeling over de judicieele practijc of form van procedee-ren", op blz. 229 dat om er voor te zorgen dat iemand die een liquide schuldbekentenis of andere obligatoire akte in handen had, in staat gesteld zou worden om daar het dadelijk effect van te kunnen hebben en om niet het risico te lopen blootgesteld te worden aan de chicanes van een formeel proces, bij het passeren van de akte een onherroepelijke volmacht aan twee procureurs verstrekt werd om de veroordeling te verzoeken. Omdat bovendien prorogatie van rechtsmacht bedongen werd, kreeg men niet meer langdurige procedures in verschillende instanties, maar werd de zaak direct aan de appelrechter voorgelegd. Dit veranderde in 1810, toen ons land deel ging uitmaken van het Franse Rijk: we kregen het Franse notarisambt met volledige executoriale kracht van de notariële akte.

Bij de invoering in 1838 van onze eigen codificatie berustte de executoriale kracht van de notariële akte enerzijds op art. 436 Rv., anderzijds op art. 19 van de wet van 25 Ventose an XI.<sup>435</sup> Bij de vervanging van Frans recht door eigen recht werd de Ventose-wet vervangen door de Wet op het notarisambt van 9 juli 1842 (hierna de Notariswet te noemen). In het Ontwerp van deze wet kwam als art. 37 de volgende bepaling voor: "Alle notariële akten verdienen geloof in regten

<sup>433</sup> H. De Groot, Inleidinge ... II, D 48, par. 41; U. Huber, Heeden-daegsche Rechtsgeleerdheyt, II 2, XL no. 46; S. van Leeuwen, Rooms Hollands Regt, vijfde druk 1678, V, 8, blz. 541; P. Merula, Manier van procedee-ren, boek IV, titel 100, capitel 1. Vgl. ook codex iuris canonici 1917, can. 1813 en codex iuris canonici 1983, can. 483-485.

<sup>434</sup> Zie ook A. Pitlo, De zeventiende en achttiende eeuwsche notaris-boeken, Haarlem 1948, speciaal de bijlagen.

<sup>435</sup> Tous actes notaries feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue de l'Empire. Zie over deze wet in het algemeen Union-rapport 1984, blz. 18 e.v.

als authentieke akten; derzelver grossen kunnen in de geheele uitgestrektheid des Rijks worden tenuitvoergelegd, behoudens de bepaling van art. 47 dezer wet." Dit artikel werd echter niet opgenomen, omdat de inhoud ook uit de artt. 1905 en 1907 BW en art. 436 Rv. viel af te leiden. Zo blijkt uit het proces-verbaal van de beraadslaging van de eerste afdeling van de Tweede Kamer van 23 februari 1842: "een lid gelooft de bepaling van art. 37 onnoodig daar het Burgerlijk Wetboek in de artikelen 1905 en 1907 reeds hetzelfde zoude voorschrijven" en uit dat van de derde afdeling van 1 maart 1842: "de vergelijking van dit artikel met art. 436 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging doet eenige leden oordeelen dat dit artikel hier kan gemist worden." Ook de regering verdedigde het artikel niet, integendeel, want bij de beantwoording der bedenkingen vervat in de processen-verbaal der afdelingen werd opgemerkt: "De Regering heeft wel kunnen instemmen met het in sommige Afdeelingen geuite gevoelen, dat art. 37 van het eerste ontwerp in deze wet kan worden gemist en hetzelfde daarom bij gewijzigd ontwerp weggelaten." De wetsbepaling waarop in Frankrijk de executoriale kracht van de notariële akte berustte, werd hier overbodig geacht: de executoriale kracht, die overigens niet in twijfel getrokken werd, berust nu alleen op art. 436 Rv. Zou dit artikel niet bestaan, dan zou men zich weer met allerlei constructies en clausules hebben moeten behelpen. Hoewel het zegel gehandhaafd bleef, is het gebruik hiervan geen voorwaarde voor de executabiliteit of de bewijskracht (vgl. art. 45 Notariswet). Wel invloed op de executoriale kracht heeft art. 436 Rv.: is niet voor de grosse aan de in dat artikel genoemde vereisten voldaan, dan is er geen sprake van executoriale kracht.

### 7.3 ART. 436 RV.: EEN DRIEDELING

Art. 436 Rv. is in drie delen te splitsen:

- aan de grossen van authentieke akten, binnen dit Koninkrijk verleden en aan het hoofd voerende de woorden "In naam des Konings";
- wordt dezelfde kracht toegekend als aan de vonnissen der rechterlijke magten;
- en zijn de bepalingen van art. 430, het eerste lid van art. 431 en art. 434 insgelijks daarop toepasselijk.

We zien dat allereerst de formele eisen gesteld worden, vervolgens de gelijkstelling met rechterlijke vonnissen uitgesproken wordt en dat tenslotte enige artikelen uit dezelfde titel van toepassing verklaard worden. We zullen achtereenvolgens aandacht besteden aan het eerste, het derde en het tweede deel van deze bepaling.

#### 7.3.1 Formele vereisten; het authentieke karakter van de akte

Het belangrijkste aspect van de formele vereisten is het authentieke karakter van de akte. Art. 1905 BW zegt dat het moet gaan om een akte, welke in de wettelijke vorm is verleden door of ten overstaan van openbare ambtenaren, die daartoe bevoegd zijn ter plaatse, alwaar zulks is geschied.<sup>436</sup> Hieruit kunnen we de conclusie trekken dat vol-

<sup>436</sup> Asser-Anema-Verdam, blz. 93 e.v.; De Bruijn, blz. 24; Grosheide,



daan moet zijn aan de volgende drie eisen:

- voorgeschreven vorm;
- door of ten overstaan van een openbaar ambtenaar;
- binnen de grenzen van de ambtelijke competentie, zowel materieel als lokaal.

Voor de notariële akten zijn ter uitwerking van deze eisen voorschriften gegeven in de Notariswet. In deze wet vinden we een nadere uitwerking van art. 1905 BW in met name de hoofdstukken I en III. Zo zijn er voorschriften aangaande het tijdstip en de plaats van het verlijden, de aard en de inhoud van de akten en de personen te wier behoefte akten opgemaakt kunnen worden. Akten opgemaakt door een onbevoegd ambtenaar, zo blijkt uit art. 1906 BW, zijn niet authentiek en zouden dus niet executabel kunnen zijn. Art. 43 Notariswet stelt de eis van authenticiteit echter niet voor de afgifte van een grosse, zodat de notaris ook van deze akten grossen kan afgeven. Vaak zal het niet voorkomen, maar als de schuldeiser met een dergelijke grosse tot executie wil overgaan, kan de schuldenaar ex art. 438 Rv. zich verzetten tegen de executie en zonodig in kort geding staking der executie vragen.

Authenticiteit bestaat ook, zo blijkt uit HR 21 juni 1985, NJ 1986, 259, als een comparant opzettelijk onjuiste personalia heeft opgegeven en vervolgens onvindbaar blijft; overtreding van art. 25 Notariswet heeft geen nietigheid van de akte tot gevolg.

### 7.3.2 Grosse, soorten akten

Vervolgens is het nodig dat van de authentieke akte een grosse kan worden afgegeven.<sup>437</sup> Een definitie van het begrip grosse is niet in de wet te vinden. Er valt onder te verstaan: het voor de belanghebbende bestemde, eerst uitgegeven afschrift van een authentiek geschrift (akte) of van een vonnis, in tegenstelling tot de minuut, die onder de betrokken ambtenaar verblijft. Verder valt op te merken dat op grond van art. 1926 BW de grosse in rechte hetzelfde bewijs oplevert als de minuut.<sup>438</sup> Tot slot wordt vermeld dat de term vooral

---

blz. 238 e.v.; Kok, blz. 31 e.v.; Kraan, blz. 7 e.v. en 137 e.v.; Melis, blz. 67 e.v.; Land-Eggens, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek door N.F.K. Land, zesde deel, boek IV, titel I-VI, tweede geheel nieuwe druk door J. Eggens, Haarlem 1933, blz. 68 e.v.; Pitlo-Hidma, blz. 54 e.v.; Rechtsvordering art. 436 aant. 3. Wetsontwerp 10.377, houdende een nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, zegt in artikel 183 lid 2: Authentieke akten zijn akten in de vereiste vorm en bevoegdelijk opgemaakt door ambtenaren, aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hen gedane waarnemingen of verrichtingen. Als authentieke akten worden tevens beschouwd de akten waarvan het opmaken aan ambtenaren is voorbehouden, doch waarvan de wet het opmaken in bepaalde gevallen aan anderen dan ambtenaren opdraagt.

<sup>437</sup> De Bruijn, blz. 37, 40, 102 e.v.; Grosheide, blz. 239 e.v.; Melis, blz. 235 e.v.; Rechtsvordering art. 430, aant. 3, art. 436 aant. 3; Van Rossem-Cleveringa, art. 436 aant. 2, Pres. rb. Rotterdam 2 november 1934, NJ 1935, 738.

<sup>438</sup> Zie ook art. 185a NRv. zoals dat wordt voorgesteld bij wetsont-

gebruikelijk is ten aanzien van notariële akten, waarbij nog eerste, tweede en verdere grossen onderscheiden worden; bij vonnissen, beschikkingen van bestuursinstanties e.d. worden voor de belanghebbenden bestemde uitvaardigingen niet grossen, maar expedities genoemd.

Bezien we art. 43 Notariswet, dan zouden van elke notariële akte grossen kunnen worden afgegeven. Art. 40 lid 1 Notariswet beperkt dit echter tot de minuutakten<sup>439</sup> die de notaris onder zich heeft en die bestemd zijn om duurzaam in het protocol van de notaris bewaard te blijven. Heeft de notaris een minuutakte opgemaakt, maar deze niet meer in zijn bezit, dan kan geen grosse afgegeven worden.

Omdat een grosse executiebevoegdheid kan opleveren moet daar voorzichtig mee omgesprongen worden.

Verder kunnen van brevetakten geen grossen afgegeven worden. Deze akten worden in originali aan de belanghebbende afgegeven. De wetgever heeft kennelijk gemeend dat er in deze gevallen geen behoefte zou bestaan aan het uitgeven van grossen, afschriften en uittreksels. Vanuit bewijsrechtelijk oogpunt gezien is dit ongetwijfeld juist, maar executierechtelijk gezien is er sprake van een leemte. Art. 436 Rv. zegt toch dat met de grosse van de akte en niet met de akte zelf geëxecuteerd moet worden?!

Praktisch levert dit echter niet al te veel problemen op, omdat de in art. 38 lid 2 Notariswet genoemde akten, die uitgezonderd zijn van de verplichting om als minuutakte opgemaakt te worden, bijna steeds een inhoud hebben dat er niets mee te executeren valt en omdat zij wel als minuutakte opgemaakt mogen worden, maar dit geen verplichting is. Alleen de volmacht (vgl. art. 32 Notariswet) en de akten van de artt. 149 en 224 K moeten een brevetakte zijn en kunnen geen minuutakte zijn. Partijen zijn dan ook, gezien het verschil tussen beide soorten akten, niet verplicht genoeg te nemen met een brevetakte en kunnen (als dit mogelijk is) een minuutakte verkrijgen.

We zien dus dat het onderscheid tussen minuut- en brevetakten, dat art. 38 Notariswet maakt, van belang is. Is zo ook het onderscheid tussen partijakten (de notaris verklaart dat de partijen te zijnen overstaan schriftelijke verklaringen hebben afgelegd inzake rechtsfeiten en rechtsbetrekkingen) en proces-verbaalakten (de notaris maakt ook melding van andere handelingen en feiten, bijvoorbeeld zijn eigen verrichtingen) van belang? Het onderscheid tussen beide soorten akten blijkt in art. 31 Notariswet. In tegenstelling namelijk tot de partijakten kan bij de proces-verbaalakten de ondertekening van (een of meer) comparanten ontbreken als deze weigeren te tekenen of zich voor het sluiten der akte verwijderd hebben. Het onderscheid is als volgt te verklaren. De partijakte kan slechts tot stand komen via het afleggen van schriftelijke verklaringen of het surrogaat van art. 30 Notariswet, waarbij de ondertekening een essentieel onderdeel is. Proces-verbaalakten echter worden ondertekend omdat partijen hun instemming met hetgeen de notaris in de akte verklaard heeft tonen; deze ondertekening is niet een essentieel onderdeel. Alleen daarop slaat het onderscheid, want hoe de akte de rechtsbetrekking tussen beide partijen

werp 10.377.

<sup>439</sup> Over het onderscheid tussen de verschillende soorten akten zie: Asser-Anema-Verdam, blz. 102 e.v.; De Bruijn, blz. 27 e.v.; Melis, blz. 85 e.v., 180 e.v., 198 e.v., 231 e.v.; Pitlo-Hidma, blz. 39 e.v., 56 e.v.

bewijst is irrelevant; het voornaamste is dat dit bewezen wordt, want geen der beide artikelen 436 Rv. en 43 Notariswet geeft aanleiding gevolgen aan dit onderscheid te verbinden bij het toekennen van executoriale kracht aan de authentieke akte en haar grossen.<sup>440</sup>

### 7.3.3 Verdere formele eisen

De authentieke akte moet binnen het koninkrijk verleden zijn.<sup>441</sup> Hiermee wordt een territoriale afgrenzing gegeven, waardoor aan een akte buiten het koninkrijk verleden geen executoriale kracht kan worden toegekend. Uit de artt. 3, 4 en 7 Notariswet volgde dit al voor de Nederlandse notaris, zodat het belang van dit voorschrift er met name in gelegen is dat openbare ambtenaren in het buitenland geen executoriale kracht voor ons land aan hun akten kunnen verlenen. Daarbij moet bedacht worden dat onder het Koninkrijk en Nederland en de Antillen en Aruba vallen (vgl. art. 40 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden zoals gewijzigd bij Rijkswet van 22 juli 1985, Stb. 452) en dat voor Suriname het verdrag van 27 augustus 1976, Trb. 144 geldt waarbij wederzijds de na 24 november 1975 tot stand gekomen rechterlijke beslissingen en authentieke akten na verkregen exequatur tenuitvoergelegd kunnen worden (zie ook art. 40 jo 62, alsmede 56 Statuut en art. 50 EEG-executieverdrag).

Tot slot van de formele eisen zien we dat de grosse de woorden "In naam des Konings" aan het hoofd dient te voeren.<sup>442</sup> Bij art. 1 van de wet van 22 juni 1891, Stb. 125 is bepaald dat deze woorden voor de duur van de periode dat een Koningin de Kroon draagt, vervangen worden door "In naam der Koningin". Ontbreken deze woorden, dan is het geschrift geen deugdelijke grosse en kan het niet dienen als grondslag voor een tenuitvoerlegging, kortom, deze woorden zijn essentieel. De executie die toch zou plaatsvinden, is onrechtmatig, tenzij de wet in het betreffende geval uitdrukkelijk de executie op de minuut van het vonnis zou toelaten (bijv. artt. 123 en 124 Rv.). Volgens art. 43 Notariswet moet een grosse aan het slot de woorden "uitgegeven voor eerste grosse" bevatten. Nu art. 436 Rv. deze eis niet stelt, zal het ontbreken van deze woorden de executoriale kracht niet aantasten.<sup>443</sup>

<sup>440</sup> De Bruijn, blz. 35-36 en 104; Melis, blz. 85 e.v.; Nauta, blz. 296 e.v.; Pitlo-Hidma, blz. 39 e.v., 56 e.v.; Rb. Amsterdam 6 mei 1927, NJ 1928, 955 (er is geen grond onderscheid te maken door de executoriale kracht van notariële akten tussen partijakten en proces-verbaalakten)

<sup>441</sup> De Bruijn, blz. 39, 40; Melis, blz. 96; Nauta, blz. 280; Pitlo-Hidma, blz. 109; Rechtsvordering art. 430 aant. 2, art. 436 aant. 4.; Van Rossem-Cleveringa, art. 436, aant. 5.

<sup>442</sup> De Bruijn, blz. 104 e.v.; Grosheide, blz. 239 e.v.; Melis, blz. 95; Pitlo-Hidma, blz. 80; Rechtsvordering art. 430 aant. 3; Star Busmann-Rutten, no. 397, nr. 420. Pres.rb. Rotterdam 2 november 1934, NJ 1935, 738; Anders: F.M.J. Jansen, Nietigheid in het burgerlijk procesrecht, diss. KU Nijmegen 1955, blz. 132.

<sup>443</sup> Grosheide, blz. 240; Pitlo-Hidma, blz. 80 (implicite); Star Busmann-Rutten, no. 397; Pres. rb. 's-Gravenhage, 10 oktober 1916, NJ 1917, 241; HR 9 maart 1923, W 11082; anders: Melis, blz.

### 7.3.4 De verwijzing in art. 436 Rv. naar andere artikelen

Nu de formele eisen die art. 436 Rv. stelt, behandeld zijn, zal ingegaan worden op de verwijzing naar de artt. 430, 431 lid 1 en 434 Rv., voordat in par. 7.4 aandacht aan de gelijkstelling met rechterlijke vonnissen besteed wordt.

De verwijzing naar art. 430 Rv. wekt geen verwondering. Duidelijk wordt nu dat ook de grossen van de notariële akten in het hele koninkrijk tenuitvoergelegd kunnen worden. Bovendien houdt de verwijzing in dat de grossen van de akten moeten worden betekend aan de persoon zelf, of te zijner woonplaats, of op de wijze bij art. 4 Rv. voorgeschreven. Daarmee wordt recht gedaan aan een van de beginnelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat elke executie op grond van dit wetboek moet worden ingeleid door de betekening van de grosse, tenzij het een geval betreft dat executie op de minuut uitdrukkelijk is toegestaan (vgl. art. 123 jo 124 en 479g Rv.). Overigens ben ik van mening dat elke executie met de betekening van de grosse (of de minuut) moet starten, zodat degene tegen wie de executie gericht is op deugdelijke wijze weet wat hem te wachten staat, ook al betreft het een executie die niet op een wijze als in boek II Rv. geregeld plaats heeft, zoals sommige gevallen van reële executie als de ontruiming en de afgifte van minderjarigen (resp. artt. 122-124 Rv. en 925 Rv.) of de veroordeling tot levering van teboekgestelde schepen (artt. 318 en 757 K).<sup>444</sup>

Hoe de verwijzing naar art. 431 lid 1 Rv. (beslissingen van vreemde rechters)<sup>445</sup> moet worden opgevat is niet direct duidelijk. Want art.

---

235. Zie over de tweede en de verdere grosse de artt. 841-843 Rv. en de aantekeningen hierop van Rechtsvordering en Van Rossem-Cleveringa. In beginsel kan slechts een grosse worden afgegeven, want zou er meer dan een exemplaar bestaan, dan zou dubbele executie kunnen plaatsvinden. Omdat echter behoefte kan bestaan aan de verlening van een tweede of verdere grosse (bijv. omdat de eerdere grosse verloren is gegaan) is de afgifte hiervan onder bepaalde waarborgen mogelijk gemaakt in de artt. 841-843 Rv.

<sup>444</sup> Melis, blz. 96; Star Busmann-Rutten, no. 420, 429 en 453; Rechtsvordering boek II, titel 1 aant. 9, art. 430 aant. 4; Hof Amsterdam 14 mei 1936, NJ 1936, 932; Rb. Haarlem 27 april 1937, NJ 1937, 1063; HR 9 maart 1939, NJ 1939, 1012.

<sup>445</sup> Asser-Anema-Verdam, blz. 336-337; Jansen, diss., blz. 42 e.v. en 114; G.Chr. Kok, De notariële akte als executoriale titel in het internationale verkeer, WPNR 4838 (1964); Pitlo-Hidma, blz. 107 e.v.; L. Van Praag, Welke kracht hebben in Nederland de door vreemde rechters in burgerlijke zaken gewezen vonnissen?, RM 1928, blz. 339 e.v.; Rechtsvordering art. 436 aant. 4, art. 431 aant. 1 e.v.; Van Rossem-Cleveringa, art. 436 aant. 5, art. 431 aant. 1 e.v.; W.L. van Spengler, De kracht van buitenlandse vonnissen gewezen in burgerlijke zaken, diss. R.U. Leiden 1926; Star Busmann-Rutten, no. 421 en 422; J.P. Verheul, Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen in vermogensrechtelijke zaken. T.M.C. Asser Instituut 's-Gravenhage 1969; idem, Aspecten van Nederlands internationaal beslagrecht, diss. V.U. Amsterdam 1968.

436 Rv beperkt de executabiliteit van authentieke akten tot degenen die binnen het Koninkrijk (Nederland, de Antillen of Aruba) verleden zijn, zonder daarbij de eis van een afzonderlijk exequatur te stellen. Waarschijnlijk is bedoeld duidelijk te maken dat de akten binnen het Koninkrijk opgemaakt door ambtenaren van vreemde staten en de beslissingen van niet-Nederlandse rechterlijke organen of arbiters die hier gevestigd zijn niet executabel zijn. Bij verdrag of latere wet kan van dit artikel afgeweken worden, zodat we, daarbij speciaal op art. 993 Rv. lettend, mogen concluderen dat vreemde authentieke akten executabel zijn, mits op grond van een verdrag of een wet en met inachtneming van de artt. 985-992 Rv.

De verwijzing naar art. 434 Rv. (machtiging van deurwaarder) levert geen problemen op. Het artikel houdt in dat de deurwaarder uitdrukkelijk bevoegd verklaard wordt om de rechterlijke uitspraak en de akte tenuitvoer te leggen en om procedures aangaande de executiebevoegdheid van de deurwaarder tegen te gaan. Door immers de bevoegdheid van de deurwaarder om tot tenuitvoerlegging over te gaan te ontkennen zou de schuldenaar tijd kunnen winnen en geld of goed aan de executie kunnen onttrekken. Bovendien kan uit het wetsartikel worden afgeleid dat de deurwaarder de wijze en het tijdstip van executie kan bepalen als de opdracht van de executant hem daar niet in beperkt. Tot slot wordt duidelijk dat geen lijfswang op grond van een notariële akte mag worden uitgevoerd. Uit art. 589 Rv. blijkt dat de wetgever dit ingrijpende (op de persoon van de geexecuteerde) middel zo veel mogelijk heeft willen beperken en daar een speciaal rechterlijk vonnis voor nodig acht.<sup>446</sup>

Dat in art. 436 Rv. slechts verwezen wordt naar deze drie hiervoor genoemde artikelen wil niet zeggen dat geen van de andere artikelen uit de eerste titel van boek II van toepassing kan zijn op de akte.<sup>447</sup> De artt. 431 lid 2, 432 en 433 zullen uiteraard geen toepassing kunnen vinden, maar dat art. 435 Rv. (geschillen over tenuitvoerlegging) niet genoemd wordt, betekent niet dat a contrario geredeneerd de geschillen omtrent de tenuitvoerlegging van de beschikkingen en bevelen van de kantonrechter die geen vonnis zijn door de kantonrechter behandeld zullen worden. Ook dan is de rechtbank de executierechter bij uitsluiting.<sup>448</sup>

Gezien de tekst van art. 437 Rv. (bevoegdheid beslaglegging) moet deze bepaling wel van overeenkomstige toepassing zijn. Uit de strekking van art. 438 Rv. (executiegeschil) volgt voor dit artikel het zelfde. Zou dat niet het geval zijn, dan zou er geen bescherming tegen de ten onrechte geexecuteerde akte bestaan.<sup>449</sup> Bezien we art. 438a Rv. (geen beslag op goederen voor openbare dienst), dan zal deze bepaling gezien de bijzondere aard ervan ook gelden voor degenen die op grond van art. 436 Rv. executeren. Aangaande het slotartikel van

<sup>446</sup> Rechtsvordering art. 434 aant. 1 e.v.; Van Rossem-Cleveringa, art. 434 aant. 1 e.v.; Star Busmann-Rutten, no. 63 en 428.

<sup>447</sup> Rechtsvordering art. 436 aant. 4.

<sup>448</sup> In par. 7.8 zal blijken dat bevelen, beschikkingen, expedities, processen-verbaal, etc. van de rechter die geen vonnis zijn, in ieder geval als authentieke akte te beschouwen zijn en onder art. 436 Rv. vallen. Star Busmann-Rutten, no. 113.

<sup>449</sup> Rechtsvordering art. 438 aant. 1 en 3; Van Rossem-Cleveringa, ad art. 438 vindt dit artikel overbodig; Star Busmann-Rutten, no. 424.

deze titel, het per 1 januari 1986 (Stb. 1985, 566) toegevoegde art. 438b Rv. (de rechter kan in zijn vonnis bepalen dat de ontruiming van gebouwd onroerend goed binnen een door hem te bepalen termijn niet tenuitvoergelegd kan worden) kan men twijfelen. M.i. gaat het om een specifiek rechterlijke taak, zodat het artikel niet van toepassing zal zijn. Wel kunnen partijen vooraf een zelfde soort termijn overeenkomen.

## 7.4 DE GELIJKSTELLING VAN VONNIS EN AKTE

### 7.4.1 Algemeen

Zoals werd opgemerkt bestonden er vroeger nauwe banden tussen notariaat en rechterlijke macht. Zodanige zelfs dat notarissen (quasi) deel uitmaakten van die rechterlijke macht. Het verband blijkt ook uit de opvatting dat degene die een notariële akte tekent bij voorbaat een vonnis tegen zichzelf verschaft.<sup>450</sup>

Art. 436 Rv. heeft tot doel aan de authentieke akten dezelfde executoriale kracht toe te kennen als aan de rechterlijke vonnissen.<sup>451</sup> Deze mogelijkheid om een authentieke akte rechtstreeks te executeren zonder dat een voorafgaand vonnis nodig is, vereenvoudigt het rechtsverkeer in belangrijke mate. Daarmee is tevens een grote macht toegekend aan de bezitter van de grosse. Bij vonnissen is het de rechter die de vordering onderzoekt nadat beide partijen hun opvattingen kenbaar gemaakt kunnen hebben en omschrijft de rechter zo nauwkeurig mogelijk wat voor executie vatbaar is. Bij akten ontbreekt dit vooronderzoek en dikwijls ook de scherpste van de formulering. Het verschil in de formulering heeft direct te maken met een ander onderscheid tussen vonnis en akte. Het vonnis komt tot stand als partijen al verschil van mening hebben, zij in een rechtsstrijd gewikkeld zijn en de rechter zijn oordeel voor het geval in concreto, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden die zich voorgedaan hebben, kan geven. De akte wordt al opgemaakt als partijen nog in harmonie met elkaar omgaan en men geen rekening houdt (of wil houden) met verschillen van inzicht, wanprestatie, etc. Tussen de dag waarop de akte opgemaakt werd en de dag waarop de akte als het beslissende element in de strijd wordt geworpen, kunnen jaren verstrijken. De notaris zal de akte daarom veel meer in abstracto moeten formuleren, zonder daarbij rekening te kunnen houden met alle feiten en omstandigheden die zich nog zouden kunnen voordoen. Dat is ook de reden dat Eggens meent dat beide niet gelijk kunnen staan.<sup>452</sup>

Hiervoor is al gebleken dat executie bij lijfswang bij akten op grond van art. 589 Rv. uitgesloten is; de wet eist uitdrukkelijk een vonnis. Ook voor de zogenaamde execution par suite d'instance, waar het gaat om de tweede of de volgende fase in een geding waarin al een vonnis gewezen is, maar waarbij nog geen definitieve beslissing geveld is (bijv. bij de schadestaatprocedure en de procedure tot het afleggen

<sup>450</sup> Vgl. HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323.

<sup>451</sup> Rechtsvordering ad art. 436 Rv.; Van Rossem-Cleveringa, ad art. 436 Rv.; Star Busmann-Rutten, no. 408, no. 420.

<sup>452</sup> Land-Eggens, blz. 219.

van rekening en verantwoording) kan geen beroep worden gedaan op een akte. Verder zou men een beperking kunnen zien in art. 1 Notariswet, een artikel dat echter ruim geformuleerd is, en in het begrip "executie", dat echter geen moeilijkheden zal opleveren, want wil men de akte tenuitvoerleggen dan zal de titel een verplichting moeten inhouden waarvan de voldoening met dwang verkregen kan worden.<sup>453</sup> Staan echter overigens dezelfde executiemogelijkheden bij exécution forcée (de tenuitvoerlegging door middel van uitwinning)<sup>454</sup> open voor de bezitter van een notariële akte als voor degene die een rechterlijk vonnis in zijn bezit heeft? Deze vraag naar de inhoud van de titel moet voor de diverse categorieën beantwoord worden en zoals we zullen zien steeds in bevestigende zin.<sup>455</sup> Alvorens deze categorieën te bezien moet er nogmaals op gewezen worden dat de notariële akte slechts werking heeft tussen partijen (inclusief "de zijnen") en hun rechtverkrijgenden, maar niet jegens derden.<sup>456</sup>

#### 7.4.2 Een geldsom

Dat een geldsom geïncasseerd kan worden, wordt door niemand betwist. Het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft in de artt. 439 e.v. daarvoor uitgebreid de middelen aan. Aangezien dit verhaalsexecutie betreft en geen reële executie in de door ons bedoelde zin besteden wij hier verder geen aandacht aan.

Voor ons is het interessanter te weten of ook een verplichting om te doen, om niet te doen, om te dulden of om iets anders dan een geldsom te geven geëxecuteerd kan worden. Bij de behandeling in 1842 van de Notariswet is de mogelijkheid naar voren gebracht om de uitgifte van grossen van akten te beperken en wel tot degenen te wier behoefte daarin de verplichting tot betaling van vast betaalde geldsommen wordt geconstateerd.<sup>457</sup> Deze gedachte is echter noch door de wetgever serieus overwogen noch in de wet vastgelegd, zodat we dit als een argument a contrario kunnen beschouwen, dat pleit voor het niet aanbrengen van enige beperking. Daarnaast kunnen we ons direct beroepen op de tekst van de wet. Art. 430 Rv. maakt namelijk geen enkel onderscheid naar de prestatie. Bovendien kan nog naar voren gebracht

<sup>453</sup> Grosheide, blz. 245; Kok, diss. blz. 30-31; Melis, blz. 66 e.v.

<sup>454</sup> Welk begrip niet gelijk gesteld mag worden met het begrip reële executie en dan toegepast mag worden op de gewone verhaalsexecutie; vgl. F.M.J. Jansen, NJB 1984, blz. 467.

<sup>455</sup> De Bruijn, blz. 72 e.v.; Grosheide, blz. 243 e.v.; Jansen, blz. 287 e.v.; Kok, diss. blz. 39; Melis, blz. 95 (al wordt de indruk gewekt dit beperkt op te vatten); Nauta, blz. 282 e.v.; Pitlo-Hidma, blz. 74; Rechtsvordering boek II titel 1, aant. 9; Van Rossem-Cleveringa, art. 436 aant. 2.

<sup>456</sup> Zie het bij par. 4.3.2.4 opgemerkte.

<sup>457</sup> Zie Nauta, blz. 283. Ook H. Stein, Verslag, blz. 24 twijfelt of naar huidig recht een notariële grosse een executoriale titel oplevert voor andere vorderingen dan die in geld luiden. Preadviseur Mijnssen viel hem bij, o.a. aanvoerend dat art. 3.11.4 NBW wel de reële executie van uitspraken van de rechter mogelijk maakt, maar niet voor andere executoriale titels geldt. Ik hoop het tegendeel aan te tonen.

worden dat als eigenrichting ontoelaatbaar geacht wordt, voldoende alternatieven geboden moeten worden, zodat een verplichting ook anders dan na een rechterlijk vonnis tenuitvoergelegd moet kunnen worden.

#### 7.4.3 De verplichting om iets anders dan een geldsom te geven

In de wet vinden we op diverse plaatsen aanduidingen die de reële executie van een verplichting om te geven mogelijk maken, bijv. de artt. 122 e.v., 490a e.v. en 721 Rv. In tegenstelling tot de oudere schrijvers, kunnen wij hierin toepassingen zien van een in de wet niet uitgesproken maar wel degelijk aanvaard beginsel dat reële executie toegelaten is. Op grond van de artt. 436 (gelijkstelling van akte en vonnis), 537c jo 529 lid 2 en 584 (na executoriale verkoop van onroerend goed en schepen kan de feitelijke levering met de grosse van de notariële akte van toewijzing worden afgedwongen) en a contrario aan art. 589 Rv. (voor lijfswang is een vonnis nodig, voor andere verplichtingen kennelijk niet), kunnen we aannemen dat reële executie op grond van een notariële akte van verplichtingen tot het geven van iets anders dan een geldsom mogelijk is. Ook de rechtspraak en de literatuur erkennen dit.<sup>458</sup> Overigens geldt ook hier dat levering en afgifte onderscheiden moeten worden: de afgifte hoeft geen eigendomsoverdracht in te houden, zoals al in par. 4.2 bleek. Ook andere bepalingen kunnen hier toepassing vinden, zo kan in de gevallen dat het gaat om een verplichting tot afgifte van een roerend goed, de executant een beroep doen op de artt. 444 e.v. Rv., zodat het onroerend goed waar de goederen zich bevinden geopend en betreden mag worden, de safe geopend mag worden, etc.

Voor de goede orde benadruk ik nogmaals dat men niet alleen op grond van een zakelijk recht, maar ook krachtens een persoonlijk recht kan optreden. Voor de ontruiming van onroerend goed hebben we dit gezien in de artt. 122-124 en 529 Rv.<sup>459</sup> Met een beroep op art. 721

<sup>458</sup> De Bruijn, blz. 72 e.v.; Grosheide, blz. 243 e.v., 262 e.v.; P.P.P. Kist, WNR 1053 (1890); Molengraaff, blz. 16 e.v.; Nauta, blz. 281 en speciaal 291 e.v.; Van Oven, WPNR 3531 (1937); Van Rossem-Cleveringa, art. 436 aant. 2; Star Busmann-Rutten, no. 14; Treub, WNR 1051 (1890); Otten, blz. 597 e.v. beperkt dit tot de verbintenis om te geven; Rb. Roermond 16 januari 1873, W 3559; HR 14 mei 1875, W 3853; Rb. Groningen 1 juni 1883, W 4937; Rb. Heerenveen 8 maart 1889, WNR 1033; Hof 's-Gravenhage 27 mei 1907, W 8580; Pres.rb. 's-Gravenhage 8 mei 1912, WPNR 2217; Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 1917, NJ 1918, 358; Rb. Middelburg 13 januari 1926, NJ 1926, 833; HR 22 januari 1931, NJ 1931, 382; Pres.rb. Breda 18 januari 1933, NJ 1934, 514; Rb. Assen 4 november 1947, NJ 1950, 33; Hof 's-Gravenhage 2 juni 1982, NJ 1983, 162; anders Pres.rb. 's-Gravenhage 9 februari 1981, PRG 1651; Pres.rb. Middelburg 27 januari 1982, NJ 1983, 162.

<sup>459</sup> Ter illustratie vermeld ik hier hetgeen de Commissie huurkoop onroerend goed in haar rapport (Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, mei 1974) op blz. 10 vermeldt: "Als de huurkoper nalatig blijft met de betaling van de verschuldigde termijnen, kan hij door de huurverkoop tot ontruiming worden genoodzaakt op grond van de akte, waarbij de huurkoopovereenkomst is vastgelegd, indien deze



Rv. kan geconcludeerd worden tot de reële executabiliteit van de levering van roerend goed op grond van een persoonlijk recht.

#### 7.4.4 De verplichting om (niet) te doen

Bij de verbintenissen om te doen<sup>460</sup> zijn we art. 1277 BW tegengekomen: de rechter kan een machtiging verlenen aan de schuldeiser, zodat deze op kosten van de schuldenaar zelf de verbintenis kan (doen) uitvoeren. Zou men de grosse van een notariële akte hier gelijk willen stellen met die van een rechterlijk vonnis, dan zou het erkennen van een verplichting om te doen in een notariële akte nog niet zonder meer betekenen dat de schuldeiser de bevoegdheid verkrijgt om zelf handelend op te treden ingeval de schuldenaar in gebreke is. Ook kan de notaris niet als rechter fungeren en de schuldenaar machtigen. De schuldenaar kan in de notariële akte de bevoegdheid verlenen tot het optreden waartoe de schuldeiser krachtens art. 1277 BW door de rechter gemachtigd zou kunnen worden. Deze kostenbesparing is mijns inziens niet strijdig met de openbare orde en/of de goede zeden, omdat de schuldeiser een zekere behoedzaamheid in acht moet nemen. Zou hij optreden in een geval dat het (hoogst) twijfelachtig zou zijn dat hij door de rechter zou worden gemachtigd, dan kan de schuldenaar met succes overeenkomstig art. 438 Rv. een executiegeschil voor de president van de rechtbank aanvangen.

Bedacht moet echter worden dat degene die een verplichting om te doen op zich nam, al was dat in een notariële akte, niet tot persoonlijk handelen gedwongen mag worden. Vgl. het adagium "nemo praecise ad factum cogi potest". Dit betekent dat het uitsluitend kan gaan om prestaties die ook door anderen verricht kunnen worden.<sup>461</sup>

In dezelfde sfeer bevindt zich de verplichting tot het verrichten van een rechtshandeling. Zoals we hierboven al gezien hebben, kent de wet gevallen waarbij de wilsverklaring van de schuldenaar door een rechterlijk vonnis vervangen kan worden (o.a. de artt. 1217 en 1239 BW, 318 lid 2 K) of door het optreden van een vertegenwoordiger vervangen kan worden (art. 1117 BW). Zelfs al gaat men uit van een algemeen beginsel dat de medewerking van de schuldenaar aan een rechtshandeling door een vonnis of de handeling van een vertegenwoordiger vervangen kan worden, dan biedt dat hier geen oplossing. Allereerst zal de regel van het in de plaats stellen van een vertegenwoordiger tegen de zin van de vertegenwoordigde beperkt opgevat moeten worden en dit alleen mogelijk zou zijn in de gevallen dat een

---

in notariële vorm is verleden. Een notariële akte levert immers conform het bepaalde in art. 436 Rv. een executoriale titel op."

<sup>460</sup> De Bruijn, blz. 72 e.v.; Grosheide, blz. 243 e.v., 263; Meijers in noot onder HR 4 februari 1927, NJ 1927, 664; Nauta, blz. 289 e.v.; Van Oven, WPNR 3531 (1937); Van Rossem-Cleveringa art. 436 aant. 2; Star Busmann-Rutten, no. 14; Rb. Utrecht 18 december 1907, W. 8985; Rb. Maastricht 15 februari 1923, NJ 1926, 214; Hof 's-Gravenhage 2 juni 1982, NJ 1983, 162.

<sup>461</sup> Vgl. Rb. Zutphen 5 februari 1920, W 10565 en Rb. Utrecht 20 december 1922, NJ 1923, 1013, aangaande benoeming van een lid van een commissie waartoe wel, respectievelijk geen machtiging verleend werd. Zie ook A.J. Verstegen, Bindend advies in W 11110 en de artt. 1026 en 1027 Rv. inzake benoeming arbiter.

uitdrukkelijk voorschrijft dit inhoudt. Daarnaast mag uit de gelijkstelling van vonnis en akte in art. 436 Rv. niet zonder meer de conclusie getrokken worden dat dus hier een notariële akte een vonnis zou kunnen vervangen. Ook hier komt de regel "nemo praecise ad factum cogi potest" aan de orde. Het is een zware opgave de onwillige schuldenaar zover te krijgen dat deze vrijwillig een akte ondertekent die in de plaats van zijn wilsverklaring moet treden als hij weigert die wilsverklaring af te leggen! Bovendien te veel aandrang leidt tot dwang en daardoor tot een wilsgebrek.

De oplossing is dat, evenals vroeger al gebeurde, zodra de schuldenaar zich bindt tot het meewerken aan het verrichten van een rechtshandeling, deze aan de schuldenaar een onherroepelijke volmacht<sup>462</sup> verstrekt om, voor het geval de schuldenaar in gebreke blijft zijn wilsverklaring af te leggen, de rechtshandeling namens hem te verrichten. Het uitoefenen van de onherroepelijke volmacht is dan te beschouwen als de uitoefening van dwangexecutie.

Volgens Melis blz. 95-96 laat art. 436 Rv. niet toe dat in notariële vorm opgemaakte voorlopig koopcontracten van onroerend goed reeel geëxecuteerd wordt door overschrijving in de openbare registers. Ik kan dat echter niet inzien. Het lijkt me zelfs een goed alternatief. In WPNR 5624 (1982) heb ik gewezen op de mogelijkheid in de (notariële verleden) voorlopige koopakte te bepalen dat wanneer de verkoper niet aan zijn verplichting voldoet om tot eigendomsoverdracht over te gaan, overschrijving van deze akte de eigendom zal doen overgaan. Vervolgens kan de feitelijke afgifte gerealiseerd worden, aangezien de eigendomsovergang bewerkstelligd is.

Voor de verplichting om niet te doen geldt mutatis mutandis hetzelfde als voor de verplichting om te doen. In plaats van art. 1277 BW speelt dan art. 1276 BW. Ook hier kan bij overeenkomst de rechterlijke machtiging uitgesloten worden en de schuldeiser de bevoegdheid verschaft worden zelf op te treden. Ook dan biedt de in een notariële akte vastgelegde regeling het grote voordeel dat deurwaarder en politie te hulp geroepen kunnen worden zonder vonnis en dat zonder toestemming van de schuldenaar zijn terrein betreden mag worden, wat anders strijdig zou zijn met diens rechten.

Wat de verplichting om een rechtshandeling niet te verrichten betreft, de rechtshandeling die in strijd met de verplichting toch verricht wordt, zal gelding jegens de schuldeiser hebben zolang niet een bijzondere wetsbepaling het tegendeel inhoudt. Ter illustratie hiervan kunnen we wijzen op art. 12 Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst. Daarnaast bestaat soms de mogelijkheid om op grond van onrechtmatige daad op te treden en schadevergoeding in natura te vorderen (zie par. 3.6).

Van deze mogelijkheden moet echter niet te veel voorgesteld worden. Er zijn zoveel manieren om een verplichting om niet te doen te overtreden, waarbij de overtreding vaak al plaats heeft voordat actie ondernomen kan worden en waarbij geen herstel in de oude toestand mogelijk is (bijvoorbeeld de verplichting om niet trompet te spelen).

<sup>462</sup> Asser-van der Grinten I, no. 14, 70a.

#### 7.4.5 De verplichting om te dulden

Net zoals bij de hierboven genoemde categorieën is ook hier de rechtstreekse afdwinging mogelijk wanneer de verplichting om te dulden, om toe te laten, in een notariële akte vastgelegd is.<sup>463</sup> Hierbij kunnen we denken aan de verplichtingen die voor de eigenaar van een bezwaard goed voortvloeien uit de daarop gevestigde rechten als bijvoorbeeld erfdiensbaarheden of aan het voorbeeld dat Van Oven noemt: de winkelier die zich bij notariële akte jegens een octrooihouder heeft verbonden zijn magazijn te laten controleren. Omdat we ons hier bevinden in het grensgebied van de executabiliteit, waar de wetgever een onvolledige regeling tot stand gebracht heeft voor de hier aan de orde zijnde gevallen, vindt in de praktijk nauwelijks reële executie van dit soort verplichtingen plaats. Bovendien moet ook hier bedacht worden dat als de verplichting geschonden is, herstel in de oude toestand vaak niet meer mogelijk is. Daarom wordt door de rechter in dit soort gevallen een dwangsom opgelegd en zou in de notariële akte hooguit een boeteregeling voor dit soort, praktisch moeilijk afdwingbare verplichtingen getroffen kunnen worden.

#### 7.5 VERDERE ASPEKTEN

Op de vraag in hoeverre de verplichting direct uit de akte moet voortvloeien,<sup>464</sup> zal ik nauwelijks ingaan. Gewoonlijk is de verplichting van de schuldenaar tegenover de schuldeiser met zoveel woorden omschreven. Niet onmogelijk is echter dat de verplichting slechts indirect uit de akte blijkt omdat daarin verwezen wordt naar algemene bepalingen of standaardvoorwaarden of dat factoren buiten de akte aangeven dat de aanspraak is te verwezenlijken. Hierbij moet gedacht worden aan het verstrijken van een bedongen termijn, opzegging, overlijden, etc. Niet nodig lijkt het de eis te stellen dat de schuldeiser een aanvullende titel verkrijgt, want art. 438 Rv. biedt voldoende mogelijkheden voor de schuldenaar om verzet te doen en de executie te laten staken.

Zou wel vastgehouden worden aan de eis dat direct uit de akte blijkt van de te verwezenlijken aanspraak, dan zouden alleen maar die akten executabel zijn waaruit het bestaan van verplichtingen, waarvan het bestaan en de omvang reeds bij het opmaken van de akte vaststonden, blijkt. Daarmee wordt het te bestrijken gebied ingeperkt tot de hoofdsom van de verbintenis die al opeisbaar was op het moment van het verlijden van de akte en vallen aflossingen, huren, pachten, renten,

<sup>463</sup> De Bruijn, blz. 83-84; Grosheide, blz. 245, 263; Nauta, blz. 291; Van Oven, WPNR 3531 (1937); Van Rossem-Cleveringa, art. 436 aant. 2; Star Busmann-Rutten, no. 14.

<sup>464</sup> De Bruijn, blz. 55 e.v., 134 e.v.; Grosheide, blz. 245 e.v.; Melis, blz. 96-97; Nauta, blz. 292 e.v.; Van Oven, WPNR 3531; Van Rossem-Cleveringa, art. 441 aant. 2; Star Busmann-Rutten, no. 14, 420; HR 19 januari 1899, W 7233; Rb. Amsterdam 28 mei 1923, NJ 1923, 1064; HR 1 juni 1923, NJ 1923, 947; HR 1 april 1926, NJ 1926, 557; Rb. Utrecht 10 november 1926, NJ 1927, 1008; HR 24 januari 1935, NJ 1935, 498; Hof 's-Gravenhage 2 juni 1982, NJ 1983, 162 (vernietigend Pres. rb. Middelburg 27 januari 1982, NJ 1983, 162).

etc. er buiten. Ook een akte met een voorwaardelijke verbintenis als inhoud, zou niet executabel zijn, nu het intreden van de voorwaarde niet uit de akte zelf zou kunnen blijken.

Net zo min mag de executabiliteit van de akte beperkt blijven tot aanspraken die snel, direct of op korte termijn zijn te verwezenlijken, want in plaats van de schuldenaar de akte te laten tekenen, kan de schuldeiser beter proberen direct zijn vordering te incasseren (vgl. HR 24 januari 1935, NJ 1935, 498).

Op de vraag wie recht op een grosse hebben hoeft niet te worden ingegaan, nu er geen verschil bestaat met de afgifte aan grossen op grond van andere executoriale titels.<sup>465</sup> Hetzelfde geldt voor de vraag wie kan executeren en tegen wie de executie zich kan richten, ofwel wie is executant en wie is geëxecuteerde.<sup>466</sup>

## 7.6 DE MOGELIJKHEID VAN EEN TWEEDE EXECUTORIALE TITEL

Kan, nu vonnis en akte door art. 436 Rv. gelijk gesteld zijn, degene die in het bezit is van een grosse van een notariële akte nog een tweede executoriale titel in de vorm van een rechterlijke uitspraak verkrijgen of wijst de rechter dit verzoek als onnodig af?

Al lang wordt algemeen aangenomen dat het bezit van een grosse van een notariële akte er niet aan in de weg staat dat ook nog een rechterlijk vonnis verkregen wordt, mits het belang van de schuldeiser dit meebrengt.<sup>467</sup> De tekst van het artikel snijdt de rechterlijke tus-

<sup>465</sup> Zie de artt. 42 en 43 Notariswet en 839 Rv.; HR 8 januari 1982, NJ 1982, 423. Vroeger bestond verschil van mening omtrent het begrip "onmiddellijk belanghebbende" in art. 42 Notariswet. Vgl. AG Biegman-Hartogh bij HR 8 januari 1982, NJ 1982, 423; De Bruijn, blz. 115; Grosheide, blz. 242-243; Melis, blz. 212 e.v.; Nauta, blz. 299 e.v.; Rechtsvordering, art. 839 aant.1; Van Rossem-Cleveringa, art. 839 aant. 2; Zie speciaal over het arrest HR 8 januari 1982, NJ 1982, 423: M.J.A. van Mourik, bespreking Melis 5e druk, WPNR 5635 (1983); Pres. rb. Amsterdam 8 november 1984, NJ 1985, 366; Pres. rb. Rotterdam 20 november 1986, KG 1986, 550; Rechtsvraag met antwoord van W.G. de Vries in WPNR 5614 (1982); W.G. de Vries, Aan wie mag/moet een notaris afschrift van een testament verstrekken nadat testateur is overleden, WPNR 5802 (1986); C.F. Wery, Hebben de werkelijke erfgenamen zonder meer recht op afschriften van herroepen testamenten?, WPNR 5635 (1983).

<sup>466</sup> De Bruijn, blz. 85 e.v.; Grosheide, blz. 256 e.v.; Nauta, blz. 299 e.v.

<sup>467</sup> De Bruijn, blz. 40 e.v.; Grosheide, blz. 260 e.v.; Melis, blz. 96; Nauta, blz. 305 e.v.; Rechtsvordering art. 436 aant. 1; Van Rossem-Cleveringa, art. 436 aant. 3; Star Busmann-Rutten, no. 14; Rb. Eindhoven 4 december 1843, W 465; Rb. Leeuwarden 15 januari 1885, W 5186; Hof Amsterdam 7 juni 1889, W 5779; Rb. Amsterdam 15 juni 1893, W 6492; Rb. Maastricht 6 februari 1902, W 7815; Rb. Amsterdam 21 juni 1905, WPNR 1971; Rb. Maastricht 15 februari 1923, NJ 1926, 214; HR 5 februari 1925, NJ 1925, 440; Hof Amsterdam 17 november 1938, NJ 1939, 669; Rb. 's-Hertogenbosch 16 januari 1942, NJ 1943, 18; Hof 's-Hertogenbosch

senkomst niet af, want zou dit wel de bedoeling geweest zijn, dan zou het artikel anders geformuleerd zijn. De hier geboden mogelijkheid is als een extra, als een voordeel te beschouwen.

Op 5 februari 1925, NJ 1925, 440, heeft de Hoge Raad duidelijk beslist dat bij art. 436 Rv. aan de schuldeiser wel de bevoegdheid gegeven wordt de grosse van een authentieke akte tenuitvoer te doen leggen, evenals de grosse van een vonnis, maar noch dit, noch enig ander wetsartikel de schuldeiser belet zich langs de gewone weg die het recht geeft een tweede executoriale titel te verschaffen.

Door een tweede titel in de vorm van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen, ontdoet de schuldeiser zich van de (nooit geheel te verwaarlozen) mogelijkheid dat verweermiddelen tegen de grosse van de notariële akte aangevoerd worden. Dit is ook de reden dat de rechtspraak niet van de mogelijkheid van een tweede titel wil weten wanneer de eerste titel een procesverbaal van een verificatievergadering in een faillissement of een vonnis van homologatie van een akkoord betreft (vgl. artt. 159 en 196 F). In zo'n geval heeft de schuldeiser al een niet te betwisten executoriale titel en hoeft hij niet nogmaals één te vragen.<sup>468</sup>

Als voorbeelden van gevallen dat dit belang aanwezig is, kunnen we aan het volgende denken: de schuldeiser wil de wettelijke rente ontvangen, de schuldeiser wil de mogelijkheid van executie bij lijfswang verkrijgen, de schuldeiser verwacht een zodanig verweer van de schuldenaar dat het voeren van een procedure niet meer te vermijden is en wil liever zelf het initiatief hebben of het bestaan en de omvang van de schuld staan niet vast.<sup>469</sup>

## 7.7 AFRONDING VAN DE BESCHOUWINGEN OVER DE NOTARIELE AKTE

Eerder hebben we kunnen constateren dat authentieke akten blijkens art. 436 Rv. gelijkgesteld moeten worden met de rechterlijke vonnissen zoals bedoeld in hetzelfde artikel: beide leveren een executoriale titel op.

In het bovenstaande hebben we ook kunnen constateren dat, op lijfswang na, alles wat via een rechterlijk vonnis aan de wederpartij opgelegd kon worden, ook in een authentieke akte en dan met name een notariële akte neergelegd kan worden om op een goedkopere en snellere wijze recht te verschaffen. Het is dan ook verwonderlijk hoe weinig toch de weg van de notariële akte als middel van rechtsverwezenlijking gekozen wordt. Al bij de behandeling van de beide preadvie-

---

16 juni 1976, NJ 1977, 178; Pres. rb. Arnhem 30 september 1980, PRG 1981, blz. 142 e.v.; Pres. rb. 's-Gravenhage 9 februari 1981, PRG 1981; Rb. 's-Hertogenbosch 13 februari 1981, NJ 1981, 543; Hof Arnhem 19 januari 1982, NJ 1983, 156.

<sup>468</sup> Hof 's-Gravenhage 23 maart 1903, W 7935; Rb. 's-Gravenhage 4 januari 1950, NJ 1951, 205; Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 1976, NJ 1977, 392: een beschikking tot uitsluitend gebruik van de echtelijke woning verschaft geen executoriale titel voor de ontruiming; Hof 's-Gravenhage 10 mei 1984, NJ 1985, 363. Vgl. art. 841-843 Rv. over de afgifte van een tweede grosse van een executoriale titel nadat al een grosse afgegeven is.

<sup>469</sup> Zie ook par. 8.7.2.

zen van de Broederschap der Notarissen in 1937 bleek dit, ook tot verwondering van de pre-adviseurs, de vertegenwoordigster van het Ministerie van Justitie en de notarissen zelf. Ook nu is de rechtspraak niet voldoende doordrongen van de grote kracht die de notariële akte bezit, wat een grote macht de notaris bezit die geschriften in het leven kan roepen waarmee de gerechtigde daadwerkelijk kan verkrijgen waar hij recht op heeft: op een snelle en weinig kostbare wijze. Er zijn vele duizenden bevoegdheden in het leven geroepen bij notariële akte die op eenvoudige wijze te realiseren zijn, maar die niet als zodanig herkend worden. Ik denk daarbij alleen al aan de vele bepalingen die betrekking hebben op het burennrecht. Zeker is dat meer benadrukt moet worden dat notariële akten de mogelijkheid dat een procedure gevoerd moet worden in belangrijke mate kunnen verkleinen, soms vrijwel geheel kunnen wegnemen.

Bij deze gelijkstelling van vonnis en akte moeten we ons realiseren, dat ingeval de schuldeiser over een notariële akte beschikt, hij een buitengewone bevoegdheid heeft en dat het soms beter kan zijn dat de schuldeiser deze bevoegdheid niet heeft. Ongeveer tien jaar geleden kwam de huurkoop van onroerend goed vrij veel voor in steden als Amsterdam en 's-Gravenhage. Was de huurkoopovereenkomst in een notariële akte vastgelegd en bleef de huurkoper nalatig met de betaling van de verschuldigde termijnen, dan kon hij door de huurverkoper tot ontruiming worden genoodzaakt. Vrij algemeen werd dit als ongewenst beschouwd, omdat dan de controle door de rechter omtrent de omvang van de wanprestatie door de huurkoper achterwege bleef, waardoor bij een geringe wanprestatie ontruiming op grond van de notariële akte plaatsvond, hoewel de rechter in zo'n geval geen ontruimingsvonnis zou wijzen. De commissie huurkoop onroerend goed pleit in haar rapport dan ook voor verandering en stelt een art. 1577n BW voor waarin tot uitdrukking komt dat wanbetaling van de huurkoper de huurkoop niet van rechtswege is ontbonden doch dat de rechter de ontbinding moet uitspreken.<sup>470</sup> Dit betekent dat de rechter kan controleren of de huurkoper inderdaad wanprestatie pleegde en of de ontbinding met de daarop volgende ontruiming door de wanprestatie gerechtvaardigd wordt. De tijdelijke wet huurkoop onroerend goed is echter (nog) niet aan dit voorstel aangepast.

## 7.8 ANDERE AUTHENTIEKE AKTEN/EXECUTORIALE TITELS

Tot nu toe zijn we ervan uitgegaan dat de authentieke akte waarvan art. 436 Rv. spreekt een notariële akte is. Weliswaar is de notariële akte de belangrijkste authentieke akte die we kennen, maar er zijn veel meer civielrechtelijke executoriale titels dan een civiel vonnis of een notariële akte. Te denken valt aan o.a.<sup>471</sup>  
- de minuut van een vonnis (art. 123, 297 Rv.);

<sup>470</sup> Vgl. Rapport van de commissie huurkoop onroerend goed, blz. 10, 32, 52 en 73.

<sup>471</sup> Kraan, diss. blz. 13 e.v., 63 e.v. en 79 e.v. Op blz. 137 geeft hij in hoofdstuk 8 aan wat de kenmerken van de authentieke akte zijn; Rechtsvordering art. 436 aant. 3; Van Rossem-Cleveringa, art. 436 aant. 1; Star Busmann-Rutten, no. 408 e.v.; J.D.A. den Tonkelaar, Ontruiming op grond van een notariële akte, PRG 1981, blz. 141 e.v.

- de grossen van sommige beschikkingen (art. 429k, 927 Rv.);<sup>472</sup>
- het proces-verbaal van een minnelijke schikking (art. 19 lid 3 Rv.);
- sommige bevelschriften (art. 125j, 485, 774 Rv.);
- de beslissing van scheidsmannen voorzien van een exequatur van de president van de rechtbank (artt. 1062 Rv. en 644 Rv. oud.);
- de beslissing van een buitenlandse rechter voorzien van de exequatur van (de president van) de rechtbank (art. 431 jo 985 e.v. Rv.);
- grossen van de vonnissen en akten van consulaire ambtenaren (art. 17 jjs 7 en 1 Consulaire wet);
- het borderel van plaatsing (art. 557 lid 3 Rv.);
- de akten opgemaakt door een deurwaarder (art. 7 jo 14 Deurwaardersreglement) en
- het door de directeur van het Beneluxmerkenbureau gewaarmerkte afschrift uit het register van depots (vgl. Hof 's-Gravenhage 5 december 1984, NJ 1985, 584).

Omdat de wetgever een sluitend systeem van tenuitvoerlegging voor ogen gestaan moet hebben, waarbij eigenrichting tegen gegaan wordt door overheidsbemoeienis, mogen we aannemen dat als het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering als opschrift draagt: "Van de tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten", daarmee de civielrechtelijke executoriale titels gegeven zijn. Omdat we ons niet kunnen voorstellen dat de rechterlijke uitspraken die geen vonnis zijn, en die zoals bijvoorbeeld art. 825b sub c Rv. veroordelen tot de betaling van een geldsom, niet executabel zijn, kunnen we de conclusie trekken dat deze rechterlijke uitspraken die geen vonnis zijn, beschouwd moeten worden als authentieke akten die conform art. 436 Rv. tenuitvoergelegd kunnen worden. Aan de eisen van art. 1905 BW is namelijk voldaan, terwijl de bewoordingen van art. 436 Rv. zich niet tegen deze zienswijze verzetten.<sup>473</sup>

## 7.9 NOG SNELLER, NOG GOEDKOPER?

Is het mogelijk nog sneller, nog goedkoper recht te verkrijgen dan via een notariële akte?

In de Rechtskundige Adviseur, Maandblad van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundig Adviseurs, van 15 april 1933 doet een inzender onder de titel "Snel en goedkoop recht" een middel aan de hand om met geringere kosten en veel sneller dan in de regel het geval is, tot het innen van kleine vorderingen te komen.

In onderhandse akten, bijvoorbeeld van koop of geldlening, wil hij een machting opnemen met de volgende inhoud:

<sup>472</sup> Rb. Utrecht 11 september 1979, NJ 1980, 240; Hof Arnhem 19 januari 1982, NJ 1983, 156. Anders: Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 1976, NJ 1977, 392: een beschikking tot uitsluitend gebruik van de echtelijke woning verschaft geen executoriale titel voor ontruiming.

<sup>473</sup> Rechtsvordering boek II titel 1 aant. 2, art. 430 aant. 2; Star Busmann-Rutten, no. 408. Zie ook de notulen van de 21e vergadering van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, subcommissie Burgerlijke Rechtsvordering, dd. 12 oktober 1935, blz. 199.

"De contractanten verklaren tenslotte, dat voor het geval de schuldenaar in gebreke is, de schuldeiser het recht zal hebben, zulks met het recht van substitutie, een akte te laten opmaken van inhoud gelijk aan deze akte, door een notaris te zijner keuze, bij het verlijden daarvan voor de schuldenaar te verschijnen, mede in zijn naam de akte te tekenen, terwijl de grosse daarvan zal kunnen dienen om het verhaal van al het verschuldigde met de kosten te bewerkstelligen, onder welke kosten zijn begrepen die van de notariële akte en de grosse en voorts alles te doen, wat de schuldeiser in zijn belang nodig zal oordelen."

In het NJB van hetzelfde jaar besteedt de redactie aandacht aan dit voorstel, dat op het eerste oog het ei van Columbus lijkt, en formuleert zij twee duidelijke bezwaren:<sup>474</sup> allereerst wordt de werking van de verleende volmacht van het in gebreke zijn van de schuldenaar afhankelijk gesteld. Iedere goede notaris zal bewijs verlangen van het vervuld zijn van deze voorwaarde voordat overgegaan wordt tot het verlijden van de akte. Voor de notaris zou zich dan een mini-proces afspelen met voor de schuldeiser de niet uit te sluiten mogelijkheid dat hij aan het kortste eind trekt wegens het voortbestaan van de twijfel. Daarnaast doet zich het probleem voor dat de notaris in de regel de handtekening van de schuldenaar niet kent en zich van de echtheid hiervan zal willen overtuigen. Of de schuldenaar daaraan mee wil werken is te betwijfelen, gezien zijn niet rooskleurige positie.

De betrokken inzender verweert zich met een verwijzing naar de verkopeningen ex art. 1223 lid 2 BW en meent dat het bewijs van de wanprestatie wel zal meevallen. Vervolgens beroept hij zich op de artt. 6 en 32 Notariswet. Het eerste verweer is niet overtuigend. Is de schuldenaar in het daar bedoelde geval niet in gebreke, dan kan hij een kwitantie tonen, de notaris op de hoogte brengen van zijn zienswijze en eventueel ex art. 438 Rv. een procedure op gang brengen. Bovendien gaat het dan om een simpele rechtsverhouding en spelen bezwaren als die aangaande ondeugdelijke levering niet. Het andere verweer gaat niet op, want enerzijds is het de vraag of een notaris wel behoorlijk handelt door zonder enig onderzoek mee te werken aan het scheppen van een executoriale titel tegen iemand die zich daar niet over kan uitspreken en anderzijds is het doel van de voor echt-erkenning slechts dat verwisseling met een andere volmacht voorkomen wordt.

Kortom, nog sneller, nog goedkoper recht verkrijgen op de hierboven geschetste wijze door een volmacht tot het verlijden van een notariële akte in onderhandse akten op te nemen, kan op bezwaren stuiten. Een dergelijke clause is echter wel geldig en in een aantal gevallen zal executie mogelijk zijn, met name als de notaris de schuldeiser als een betrouwbaar iemand kent. De hier voorgestelde methode zal dan toepassing kunnen vinden om deze schuldeisers tegen chicanerende schuldenaren te wapenen. Minder goed bekende schuldeisers zullen, gezien het hier bovenstaande, deze methode niet met succes kunnen toepassen.

<sup>474</sup> Vgl. NJB 1933, blz. 325-326 en 428-429; De Bruijn, blz. 42 e.v.



### 8.1 ALGEMEEN

In het procesrecht komen diverse bepalingen voor die betrekking hebben op de reele executie.<sup>475</sup> Hiervoor hebben we al gezien dat er geen algemene regeling van de reele executie bestaat en dat we ons moeten behelpen met een aantal verspreid in de wet voorkomende regelingen. Voor wat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreft kunnen we wijzen op de artt. 122-124 (ontruiming onroerend goed), 490a-490d (huurkoop), 839-843 (dwanguitgifte van afschriften of uittreksels van akten) en 925 en 926 jo 912 (afgifte minderjarigen).<sup>476</sup>

Al bestaat er geen algemene wettelijke regeling ten aanzien van de processuele aspecten van de reele executie, in ieder geval zullen de artt. 430-438b Rv. ook op deze vorm van tenuitvoerlegging toepasselijk zijn nu het hier "algemeene regelen omtrent geregtelijke ten uitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten" betreft.<sup>477</sup> Reele executie, de benaming houdt het al in, is immers gericht op de executie, op de tenuitvoerlegging van de aanspraak van de schuldeiser en berust veelal op een rechterlijke uitspraak of een authentieke akte.

De gevallen waarin reele executie op de wet berust, waarmee de toegestane eigenrichting deel gaat uitmaken van het begrip reele executie, zullen hier niet besproken worden, aangezien eigenrichting juist betekent dat er geen proces gevoerd wordt, maar dat eigenmachtig opgetreden wordt.

Een aantal artikelen uit dit wetboek is al elders besproken, bijv. de artt. 122-124 bij de overdracht van onroerend goed en de artt. 430-438b in het vorige hoofdstuk, waar nagegaan werd of de notariële akte een basis voor reele executie kan vormen, omdat de behandeling op die plaats mij, gezien de samenhang met het daar aan de orde gekomen onderwerp, juist voorkwam. In dit hoofdstuk zullen de overige bepalingen uit dit wetboek die met reele executie te maken hebben aan de orde komen. Als we de elders behandelde bepalingen ook in onze beschouwingen betrekken, kunnen we aan het einde van dit hoofdstuk tot de conclusie komen dat de mogelijkheid van reele executie algemeen geldt, met andere woorden een hoofdregel van ons recht is.

<sup>475</sup> In deze paragraaf baseer ik mij steeds op hetgeen in de losbladige editie Burgerlijke Rechtsvordering van Kluwer (aan te duiden als Rechtsvordering) en door Van Rossem-Cleveringa wordt opgemerkt. Omdat beide werken een artikelsgewijs commentaar inhouden, lijkt het me niet nodig hier steeds een verwijzing op te nemen. Bij een afwijkende opvatting wordt hier wel melding van gemaakt. Artikelen zonder wetsaanduiding zijn afkomstig uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

<sup>476</sup> De rechtbank 's-Hertogenbosch besliste al op 10 mei 1895, W 6731, dat iedere vorm van executie, die in het algemeen rechtmatig en niet met de wet in strijd is, kan worden toegestaan in de gevallen waarin de wet geen bijzondere vorm van executie voorschrijft

<sup>477</sup> Vgl. Oudelaar, par. 20; Rechtsvordering blz. 11-10b.

## 8.2 COMPARITIE VAN PARTIJEN VOOR MINNELIJKE SCHIKKING (ART. 19 RV.)

Het eerste artikel waarover iets op te merken valt is art. 19 (een minnelijke schikking wordt neergelegd in een proces-verbaal).<sup>478</sup> Lid 3 zegt dat de uitgifte van dit proces-verbaal in executoriale vorm geschiedt. Daarmee strekt de in een proces-verbaal neergelegde schikking tot executoriale titel, zodat partijen niet met het probleem geconfronteerd worden dat zij naderhand een tot stand gekomen regeling of verzoening moeten bewijzen. Een veroordeling bij vonnis door de rechter is niet nodig. Gezien art. 436 Rv. kan op de grosse van het proces-verbaal de schikking die het aanvankelijk gevorderde geheel vervangt, geëxecuteerd worden.

## 8.3 MAATREGELEN TEGEN ONWILLIGE GETUIGEN NA TWEEDE WEIGERING

Uit art. 117 lid 2 Rv.<sup>479</sup> blijkt dat de rechter kan bevelen dat een consequent weigerende getuige door de openbare macht/sterke arm voor hem op de zitting gebracht zal worden, teneinde aan zijn verplichting om te getuigen of om de eed c.q. de belofte af te leggen te voldoen. Hierin zou gelezen kunnen worden dat de rechter, via inschakeling van het Openbaar Ministerie, aan enige agenten opdracht kan geven om tot arrestatie over te gaan en de onwillige naar de terechtzitting te brengen. Deze bevoegdheid zou mede op de artt. 192 Sr. (de getuige die opzettelijk niet aan zijn wettelijke verplichtingen voldoet kan vervolgd worden wegens een misdrijf tegen het openbaar gezag) en 444 Sr. (de getuige die wederrechtelijk wegblijft kan vervolgd worden wegens een overtreding betreffende het openbaar gezag) steunen. Aannemelijker is echter dat na de tweede dagvaarding waarop de getuige niet verschenen is, de rechter de voorgeleiding van de niet-verschenen getuige kan bevelen. Zoals in HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213 (Hulskorte-Van der Lek) naar voren komt, geschiedt dit bij beschikking waarin ook een rechter-commissaris wordt benoemd met bepaling van een tijdstip voor het verhoor van de getuige. De partij die de dagvaarding heeft doen uitbrengen zal zich met de beschikking naar een deurwaarder kunnen begeven. De deurwaarder kan dan handelend optreden en, zonodig, politiehulp vorderen. In deze visie is het niet de rechter die opdrachten verstrekt, maar één der partijen met behulp van de door de rechter gegeven beschikking, terwijl in de eerste visie de vraag gesteld kan worden of de rechter bevoegd is instructies te geven aan agenten die niet in een gezagsrelatie tot hem staan.

Bij dezelfde uitspraak van 18 mei 1979, heeft de Hoge Raad beslist dat de artt. 116 en 117 Rv. en 192 en 444 Sr. niet uitputtend regelen wat de gevolgen zijn van het niet voldoen aan de getuigplicht ex art. 1946

<sup>478</sup> Coops, blz. 124 en 239; Hugenholtz-Heemskerk, no. 156 en 269; Jansen, blz. 31 noot 85; Oudelaar, par. 12; Rechtsvordering art. 19 aant. 3; Van Rossem-Cleveringa, art. 19 aant. 6; Star Busmann-Rutten, no. 14, 346 en 408; Stein, blz. 264.

<sup>479</sup> Coops, blz. 92 en 93; Hugenholtz-Heemskerk, no. 131 en 270; Star Busmann-Rutten, no. 418; Stein, blz. 126; Verpaalen, blz. 386-388.

lid 1 BW, zodat in die gevallen ook een dwangsom opgelegd kan worden. De wet van 29 december 1932, Stb. 676 voerde de dwangsom in voor de gevallen waarin voordien slechts lijfswang (vgl. art. 117 lid 3 Rv.) mogelijk was. In paragraaf 8.8.4 zal ingegaan worden op de vraag of lijfswang, dwangsom en reele executie naast elkaar kunnen voorkomen. Ik zal daar tot een in principe bevestigend antwoord op deze vraag komen. Dat betekent niet dat ik in dit soort gevallen reele executie bij de plicht tot het afleggen van een getuigenis door middel van maatregelen op de persoon van de getuige (een bewaarder met de zweep in de hand vraagt beleefd of de getuige plaats wil nemen op de pijnbank ...) mogelijk acht.

Al met al bestaat hier dus de mogelijkheid van "directe" reele executie om iemand tot verschijning en het afleggen van een getuigenis te dwingen. Het begrip "direct" is hier echter zeer relatief. Daarnaast kunnen indirecte dwangmiddelen als lijfswang en dwangsom benut worden. Uiteraard kan niemand gedwongen worden tot getuigen. Het betreft hier een hoogst persoonlijke handeling waarbij geen dwang op de persoon mogelijk geacht moet worden en waarbij niet iemand anders de plaats van de onwillige getuige kan innemen. Dit betekent dat als de getuige weigert te spreken onder het motto "spreken is zilver, zwijgen is goud" er hoogstens via een indirect dwangmiddel druk uitgeoefend kan worden en dat "reële executie" in de meest vergaande vorm hier onmogelijk is. Overigens moet bedacht worden dat als de getuige wel gaat spreken, dit nog niet betekent dat de waarheid gesproken wordt. Meeneed mag dan strafbaar gesteld worden door art. 207 Sr., het wet-tig en overtuigend bewijs moet ook geleverd worden en niets is menselijker dan zich vergissen ...

## 8.4 TERUGGAVE HUURKOOPGOEDEREN

### 8.4.1 Teruggave in huurkoop overgedragen zaak bij voorraad

Het in art. 125j bepaalde sluit nauw aan bij de eisen van de praktijk. Hoewel de in huurkoop gegeven goederen zich in de feitelijke macht van de huurkoper bevinden, blijft de eigendom voorbehouden aan de huurverkoper. Het is dan ook gewenst dat de huurverkoper zijn goederen op eenvoudige wijze kan terugkrijgen als de huurkoper in gebreke blijft.<sup>480</sup>

Zoals bekend kent ook het materiele recht in art. 1576r BW het bevel tot teruggave bij voorraad in het geval de verkoper de huurkoopovereenkomst wil ontbinden of de teruggave van de in huurkoop overgedragen zaak vordert, indien er een redelijk belang bestaat bij een

<sup>480</sup> Coops, blz. 219-220, 278 en 298; Hugenholtz-Heemskerk, no. 103-105; Jansen, blz. 15 noot 14, blz. 17 noot 24, blz. 24 noot 54, blz. 31 noot 85 en blz. 290 e.v.; Star Busmann-Rutten, no. 368a en 470a; Stein, blz. 195-196, 264 en 319; zie ook hetgeen in par. 3.5.1 is opgemerkt ten aanzien van de artt. 1576r, 1576w en 1576x BW en de Tijdelijke wet huurkoop onroerend goed 1973 (blijkens art. 14 van deze wet gelden de art. 39, 40 RO en 125g-125i Rv. niet voor vorderingen voortvloeiend uit deze wet).

onverwijldde voorziening.<sup>481</sup> Daarnaast noemt ook art. 1576w BW het bevel tot teruggave, wat opgenomen kan worden in het vonnis waarbij de verplichting tot teruggave van een in huurkoop overgedragen zaak wordt vastgesteld of de overeenkomst ontbonden wordt. Het gaat daar om een vordering die de definitieve teruggave van de in huurkoop overgedragen zaak ten doel heeft. Het tweede lid van dit artikel geeft aan dat in beide gevallen de tenuitvoerlegging van het bevel tot teruggave geschiedt overeenkomstig de artt. 490a-490d Rv., welke bepalingen een vereenvoudigde onverwijldde reële executie beogen.

Uit de wetstekst van art. 125j blijkt dat de rechter kan eisen dat zekerheid gesteld wordt voor de eventueel te betalen schadevergoeding die op grond van de tenuitvoerlegging ontstaat (lid 4), dat het bevel tot teruggave een voorlopige beschikking is die uitvoerbaar bij voorraad, en op de minuut, verklaard kan worden (lid 7) en dat binnen acht dagen het bevelschrift moet worden gevolgd door de eigenlijke vordering tot ontbinding van de overeenkomst dan wel tot (bevestiging van de) teruggave der zaak (lid 8).

Het gaat hier om een conservatoire maatregel. In de regel zal de rechter de koper horen voordat hij beslist op de vordering van de huurverkoper. Hij is daartoe echter niet verplicht, zoals uit het woordje "kan" in het derde lid blijkt. Zo zal hij dit niet doen als de huurverkoper aannemelijk weet te maken, dat de nalatige huurkoper van plan is het goed te verduisteren.

Het artikel houdt nog iets bijzonders in, namelijk een recht voor de huurkoper op herstel in de oude toestand en schadevergoeding voor het geval de verkoper niet tijdig de hoofdvordering aanhangig maakt. Daarmee blijkt van een dubbel recht op reële executie: voor de huurverkoper als de koper nalatig is, voor de huurkoper als de verkoper de conservatoire maatregel van een bevel tot teruggave bij voorraad heeft verkregen, maar niet tijdig de hoofdvordering vervolgt.

Uit art. 38a F blijkt dat in geval van faillissement van de huurkoper de huurverkoper de huurkoopovereenkomst ontbonden kan verklaren. Het tweede lid zegt dat deze ontbinding dezelfde gevolgen heeft als ontbinding van de overeenkomst wegens het niet nakomen door de koper van zijn verplichtingen. In een dergelijk geval hoeft de huurverkoper geen gerechtelijke actie in te stellen.<sup>482</sup>

<sup>481</sup> Zie over de verhouding tussen het bevel ex art. 1576r BW tot teruggave bij voorraad van de betrokken goederen en het -na dat bevel- door de wederpartij gelegde conservatoire beslag op die goederen: Pres. rb. Haarlem 10 juli 1986, KG 1986, 331.

<sup>482</sup> Vgl. Ktg. Eindhoven 16 juni 1960, NJ 1960, 536.

## 8.4.2 Tenuitvoerlegging bevelen tot teruggave huurkoopgoederen

### 8.4.2.1 Algemeen

Als laatste, vierde afdeling van de tweede titel van boek II<sup>483</sup> zijn bij wet van 23 april 1936, Stb. 202<sup>484</sup> de artt. 490a-490d als bij de hier bedoelde bepalingen aansluitende, de executie regelende bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen. Ging het in de overige afdelingen van deze titel in hoofdzaak om executie tot verhaal, in deze vier bepalingen gaat het om bezitsverschaffing. Uit dien hoofde is de plaatsing van deze afdeling aan het eind van de tweede titel systematisch gezien juist: deze wijze van tenuitvoerlegging op roerende goederen heeft geen betrekking op het verhaal van een geldschuld, maar heeft betrekking op de teruggave en afgifte (dat wil zeggen reele executie) van de in huurkoop overgedragen goederen.

Tot het opnemen van deze vier bepalingen in Rv. werd besloten omdat, gezien de dikwijls labiele economische situatie waarin de huurkopers zich bevinden en de meermalen bij de huurkopers gesignaleerde neiging tot doorverkoop en daarmee tot verduistering van de huurkoopgoederen, het wenselijk geacht werd aan de huurverkopers een middel te verschaffen om de vaak kostbare voorwerpen op eenvoudige en goedkope wijze weer in handen te verkrijgen nadat de wanprestatie van de huurkoper gebleken was.

De hier gegeven regeling heeft, nu zij in de tweede titel geplaatst is, slechts betrekking op roerende goederen. Voor huurkoop van onroerend goed moet verwezen worden naar de Tijdelijke wet huurkoop onroerend goed van 21 juni 1973, Stb. 289, die hierboven in par. 3.5.1 even aan de orde is gekomen. Uit art. 1576 lid 3 BW valt af te leiden dat de regeling in het BW en dus ook die in Rv. niet van toepassing is op teboekgestelde schepen en vliegtuigen. Behalve deze uitzonderingen kunnen verder alle roerende zaken door middel van huurkoop overgedragen worden en zijn derhalve de bepalingen uit deze afdeling met hun bijzondere wijze van reele executie toepasselijk. De teruggave van de hier bedoelde huurkoopgoederen kan geschieden hetzij op grond van een rechterlijk bevel tot teruggave (vgl. artt. 1576r BW, 125j Rv.) hetzij op grond van een algemener luidende rechterlijke uitspraak waarin de ontbinding van de huurkoopovereenkomst wordt uitgesproken, hetgeen implicite een bevel tot teruggave inhoudt (vgl. artt. 1576q, 1576w en 1576x BW). De overige, financiële, verplichtingen die de rechter de huurkoper oplegt kunnen niet op deze eenvoudige wijze worden geëxecuteerd, daarvoor geldt de gewone wijze van executie tot verhaal, zoals eerder in de tweede titel van boek II Rv. opgenomen.

Zoals uit art. 125j lid 8 Rv. blijkt moet binnen acht dagen na het bevel tot teruggave de vordering ten principale aanhangig gemaakt worden. Als de huurverkoper het bevel tot teruggave niet gebruikt

<sup>483</sup> Coops, blz. 219-220; Hugenholtz-Heemskerk, no. 103-105, 270, 272 en 277; Jansen, blz. 15 noot 14, blz. 290 e.v.; Oudelaar par. 26; Star Busmann-Rutten, no. 368a, 417 en 470a; Stein, blz. 195-196, 253 en 320.

<sup>484</sup> Tegelijkertijd werden de artt. 1576-1576x in het BW en de artt. 125g-125j in Rv. opgenomen en aan art. 39 RO een nieuwe alinea toevoegd.

en ook geen vordering ten principale aanhangig maakt, moet daaruit afgeleid worden dat het bevel tot teruggave vervalt. Is het bevel tot teruggave wel gebruikt, maar de zaak niet binnen acht dagen ten principale aanhangig gemaakt, dan moet het ervoor gehouden worden dat ten onrechte en dus onrechtmatig geexecuteerd is, omdat de titel tot executie is vervallen. Het goed moet dan worden teruggegeven en de huurkoper moet schadeloos gesteld worden. Bij onwil van de huurverkoper om aan deze verplichting te voldoen, kan de huurkoper aan de kantonrechter op grond van art. 39 sub 4 RO de veroordeling van de huurverkoper vragen. Het betreft hier immers niet een executiegeschil maar een vordering tot teruggave van de zaak.

#### 8.4.2.2 Art. 490a Rv.

In art. 490a wordt een onderscheid gemaakt tussen twee soorten bevelen tot teruggave: enerzijds in lid 1 de rechterlijke uitspraken waarin naast het bevel ook andere rechtsgevolgen tussen de bij de huurkoopovereenkomst betrokken partijen worden geregeld, anderzijds in lid 2 het afzonderlijke bevel ex art. 125j Rv. Dit onderscheid is van belang voor de executie, want voor de eerstgenoemde groep geldt dat pas twee dagen na betekening en bevel geexecuteerd kan worden, terwijl bij de andere groep bevelen geen termijn in acht behoeft te worden genomen. Sterker nog, in dit laatste geval is op grond van art. 125j lid 7 executie op de minuut mogelijk, zodat een zeer snelle tenuitvoerlegging tot de mogelijkheden behoort. Dat dan geen termijn in acht genomen hoeft te worden, is uit het voorlopig karakter dat deze tenuitvoerlegging draagt (vgl. art. 125j lid 8 Rv.) te verklaren.

Sinds 1964 is het mogelijk dat de president de termijn van het eerste lid van twee dagen tussen het bevel en de executie bekort en als dit noodzakelijk is zelfs tot nihil. De president zal van deze bevoegdheid gebruik maken als er redelijkerwijze gevaar te duchten bestaat van doorverkoop van het goed (wat verduistering zou opleveren), omdat anders het recht van de verkoper eenvoudig te frustreren zou zijn door aan een onwetende derde, die te goeder trouw zal verkrijgen, te verkopen.

Dat het artikel voor de in het eerste lid genoemde gevallen betekening en bevel aan de huurkoper eist is voor een deel een herhaling. Wat de betekening betreft is deze in art. 430 lid 3 Rv. voor vonnissen, en door de gelijkstelling van art. 436 Rv. ook voor de overige rechterlijke uitspraken als beschikkingen, algemeen geregeld. Wat het bevel tot teruggave betreft, is er geen sprake van een herhaling. In de eerste titel van boek II, de algemene regels van de tenuitvoerlegging, is geen hiermee overeenstemmend artikel opgenomen. Wel in art. 439 lid 2 Rv., maar deze bepaling zal gezien de plaatsing in de tweede titel, eerste afdeling van boek II uitsluitend voor het executoriaal beslag op roerende goederen gelden.

#### 8.4.2.3 Art. 490b Rv.

Uit deze bepaling blijkt de reële executie zeer duidelijk: de tenuitvoerlegging geschiedt doordat de deurwaarder de zaak onder zich neemt en

vervolgens afgeeft aan de gerechtigde. Daaruit blijkt dat deze wijze van tenuitvoerlegging gericht is op het terugkrijgen van de zaak zelf en niet op het verkrijgen van een vervangend verhaal in de vorm van een geldelijke opbrengst. Uit de verwijzing naar onder meer de artt. 444-444b Rv. blijkt dat de deurwaarder zich steeds, eventueel onder begeleiding van de burgemeester of een ambtenaar van politie, toegang kan verschaffen tot de plaats waar zich de in huurkoop gekochte zaak bevindt. Tevens volgt uit de verwijzing in het artikel dat de daargenoemde voorschriften in acht genomen moeten worden. Zo moet als het goed zich in een van een derde gehuurde of in gebruik gekregen ruimte bevindt, ook deze derde bij de executie worden betrokken en zal bij weigerachtigheid van de derde diens veroordeling volgen.

#### 8.4.2.4 Art. 490c Rv.

Aan dit artikel hoeft weinig aandacht besteed te worden. Het artikel geeft aan dat als de zaak al in beslag genomen is, de tenuitvoerlegging op grond van deze afdeling geen voortgang kan vinden. Door dit artikel op te nemen wordt dit buiten elke twijfel gesteld, want te verdedigen zou zijn dat het hier een bijzondere tenuitvoerlegging betreft, die op grond van de regel "lex specialis derogat legi generali" voorrang zou hebben.

Als voorbeelden van een al eerder gelegd beslag kunnen we denken aan het pandbeslag van de artt. 1186 en 1188 BW jo art. 763 Rv. en aan het bodembeslag van de fiscus ex art. 16 lid 3 Invorderingswet.

#### 8.4.2.5 Art. 490d Rv.

De bewoordingen van art. 490d maken nog eens duidelijk dat de huurverkoper zo snel en zo eenvoudig mogelijk zijn goed moet kunnen terugkrijgen; kan de derde, onder wie het goed zich bevindt, zich niet te goeder trouw tegen een vordering van de koper tot afgifte verzetten, dan kan geëxecuteerd worden overeenkomstig art. 490b Rv. In navolging van Jansen<sup>485</sup> kunnen vier gevallen onderscheiden worden:

1. het goed bevindt zich in een ruimte van een derde in gebruik gekregen, waartoe de huurkoper geen toegang heeft zonder medewerking van de derde, regeling in art. 490b jo 444a Rv.;
2. het goed bevindt zich wel in handen van de derde, maar deze is zonder meer tot medewerking bereid en zodoende min of meer als verlengstuk van de geëxecuteerde te beschouwen, tenuitvoerlegging op grond van art. 490b lid 1 Rv.;
3. het goed bevindt zich legitiem (ter reparatie, in pand, in bruikleen) onder een derde, in welk geval het recht van de derde door de huurverkoper moet worden geëerbiedigd; er kan geen executie plaatsvinden op de in boek II, titel 2, afdeling 4 geregelde wijze;
4. de derde heeft het goed niet te goeder trouw en zonder geldige titel in handen, op welk geval art. 490d Rv. slaat en waarbij de derde zich niet kan verzetten tegen een vordering van de huurkoper tot afgifte en in welk geval de deurwaarder art. 490b Rv. volgend het

<sup>485</sup> Rechtsvordering art. 490d aant. 1.

goed bij de derde kan weghalen en onder zich kan nemen, waarbij echter wel art. 432 Rv. in acht genomen zal moeten worden.

Heeft de derde het goed afgegeven dan is hij van zijn verplichtingen met betrekking tot het huurkoopgoed ontslagen vanaf het moment van afgifte aan de deurwaarder, zodat hij niet meer verplicht is het goed aan de huurkoper af te geven. Dit betekent natuurlijk niet dat de derde daarmee ook van de al bestaande schulden (bijv. achterstallige betalingen) wordt bevrijd.

Overigens blijkt uit de redactie van art. 490d Rv. dat in afwijking van art. 589 BW de bewijslast van de goede trouw op de derde rust. In eerste instantie zal de deurwaarder moeten beoordelen of de derde inderdaad te goeder trouw is zoals hij beweert. In de praktijk zal de deurwaarder in het algemeen executeren, want doet hij dit niet, dan kan het goed overgedragen worden door de betreffende derde aan een volgende verkrijger. Daarmee kan het goed definitief buiten de eventuele verhaalsmogelijkheden vallen. Meent de deurwaarder dat het aan de derde is om de schorsing van de tenuitvoerlegging wegens zijn goede trouw te vorderen en zet hij, in afwachting van het feit of de derde inderdaad schorsing zal verzoeken, de tenuitvoerlegging van de terugname voort, dan zal hem geen verwijt gemaakt kunnen worden, nu de bewoordingen van art. 490d Rv. dit niet uitsluiten.<sup>486</sup>

## 8.5 HET KORT GEDING (ARTT. 289-297 RV.)

### 8.5.1 Algemeen

Als algemene regel geldt dat de president in kort geding<sup>487</sup> bevoegd is in alle zaken waarvan de kennisneming aan de burgerlijke rechter is opgedragen. Met andere woorden: de rechter kan in kort geding niet tot iets veroordelen als voorziening bij voorraad wat de eiser niet door een vonnis van de "gewone" rechter had kunnen verkrijgen.<sup>488</sup> Daar-

<sup>486</sup> Jansen, blz. 293; Hof 's-Hertogenbosch 26 april 1962, NJ 1962, 497 legde de bewijslast op de deurwaarder.

<sup>487</sup> Coops, blz. 224 e.v.; Hugenholtz-Heemskerk, no. 112-116; Jansen, blz. 37 e.v.; Kort Geding en Toetsing, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Zwolle 1985; Meijers-Vermeulen, a.w.; Van Nispen, a.w.; Onverwijldde spoed, a.w.; Schenk, a.w.; G.J. Scholten, De invloed van wijzigingen in het procesrecht op het burgerlijk recht, WPNR 5517 (1980), speciaal blz. 319-320; Star Busmann-Rutten, no. 82-85a, 108, 114, 369-376b; Stein, blz. 199 e.v.

<sup>488</sup> HR 12 februari 1947, NJ 1947, 157; Hof Amsterdam 27 april 1950, NJ 1950, 738; Hof Arnhem 18 juni 1952, NJ 1952, 631; HR 26 maart 1971, NJ 1971, 434; HR 25 november 1977, NJ 1978, 255; HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84; HR 6 december 1985, NJ 1986, 359; J.H. Blaauw en M.E.Th. de Bruijn-Luikinga, Geldvorderingen in kort geding, NJB 1985, blz. 1109-1114, speciaal par. 2, de aard van het kort geding; Meijers-Vermeulen, blz. 39 e.v. Zie over de vraag of de president zijn bevoegdheid alleen op art. 289 Rv. mag baseren (waarbij de competentiegrens van art. 2 RO overschreden kan worden): Kort Geding en Toetsing; Het Kort Geding, bijlage



naast bestaat wel de inperking dat de president in kort geding slechts een voorlopige beslissing bij wijze van ordemaatregel kan geven en de zaak niet definitief mag en kan beslissen (vgl. art. 289 lid 1 Rv.). Art. 292 Rv. zegt dit nog eens duidelijk: "De beslissingen bij voorraad brengen geen nadeel toe aan de zaak ten principale." De president kan dan ook geen als bindend bedoelde uitspraak omtrent de rechten van partijen geven of een concurrentiebeding teniet doen.<sup>489</sup> Ook moet binnen de gewone procedure geen andere mogelijkheid bestaan om op korte termijn een beslissing te verkrijgen. Toch zal het vonnis in kort geding, ook al bedoelt het geen beslissing ten principale te geven, een toestand in het leven kunnen roepen die nauwelijks of soms in het geheel niet meer ongedaan gemaakt zal kunnen worden, anders dan door schadevergoeding in geld. We kunnen hierbij denken aan het bevel tot plaatsing op een kiezerslijst.<sup>490</sup> Of het eerstgenoemde geval zich voordoet dan wel dat het een onder de laatste categorie te rangschikken zaak betreft, moet steeds opnieuw in concreto bezien worden. De onherstelbaarheid van de ingeroepen voorziening hoeft daarbij niet aan de gevraagde beslissing in de weg te staan, immers zou men dit criterium wel hanteren, dan zou feitelijk geen kort geding meer bestaan, nu vrijwel elke beslissing in kort geding in enige mate onherstelbaar is.

Een laatste beperking betreft de effectiviteit van de gevorderde maatregel. Zo weigerde de Amsterdamse rechtbankpresident op 31 januari 1938, NJ 1939, 429 bij een vordering tot verbod van aflevering van brood ten wederverkoop aan bepaalde personen en van verkoop van brood in winkels beneden vastgestelde prijzen, de gevraagde voorziening, omdat ernstige twijfel bestond of de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak, waarbij een handeling wordt verboden, plaats kan hebben met de hulp van de sterke arm.

### 8.5.2 Medewerking aan transportakte onroerend goed

De vraag of de medewerking aan een transportakte van onroerend goed bevolen kan worden, bespraken we al in paragraaf 4.2.2. De Hoge Raad oordeelde op 2 december 1966, NJ 1967, 353 (Michel-Beverdam) dat op grond van het causale stelsel de veroordeling in kort geding om aan het transport van onroerend goed mee te werken toelaatbaar moet worden geacht: de veroordeling op zich brengt namelijk nog geen verandering in de eigendomstoestand. De verandering die het voldoen aan een dergelijke veroordeling meebrengt draagt geen definitief karakter. Het is toch zo dat de overschrijving van de akte alleen tot eigendoms-overdracht leidt als er een rechtsgeldige titel van eigendomsovergang aan ten grondslag ligt. De opvatting van de president in kort geding

---

bij *Ars Aequi* december 1986; Schenk, blz. 208. HR 24 mei 1985, NJ 1987, 1. Zie ook HR 12 december 1986, RvdW 1987, 6.

<sup>489</sup> HR 14 februari 1946, NJ 1947, 15, resp. HR 29 april 1966, NJ 1966, 301.

<sup>490</sup> HR 12 februari 1947, NJ 1947, 157; zie ook HR 6 april 1962, NJ 1965, 116 waar het een waarschuwingsexploot ex art. 43 Octrooiwet betrof en HR 8 februari 1946, NJ 1946, 166. Echter: Pres.rb. Maastricht 19 oktober 1981, NJ 1982, 486 achtte zich onbevoegd in een geval betreffende het stemmen bij volmacht, ook al ontbreekt een andere rechtsgang.

is een voorlopige en kan geen partijen bindende beslissing inhouden. Strict juridisch bezien is deze uitspraak juist. Toch zit er een bedenkelijke kant aan. De rechthebbende op grond van het vonnis in kort geding wordt als gerechtigde geboekt in de openbare registers en verkoopt naderhand voordat de bodemprocedure beëindigd is aan een onwetende derde. Deze derde zal zich in de regel met vrucht op art. 1910 BW kunnen beroepen als later in het bodemgeschil een van het kort gedingvonnis afwijkende uitspraak gegeven wordt: uit de openbare registers zal niets van het oorspronkelijke geschil blijken en dat de verkoper een spreekplicht heeft lijkt me onaannemelijk. Beekhuis wijst er in zijn noot in de NJ op de grootst mogelijke terughoudendheid te betrachten.<sup>491</sup> In navolging van de president van de rechtbank Amsterdam 12 november 1981, KG 1981, 166 zou ik willen zeggen: een bevel tot medewerking aan de levering van een onroerend goed in kort geding mag slechts gegeven worden, indien vrijwel zeker mag worden aangenomen dat ook in een procedure ten gronde eenzelfde beslissing zal worden gegeven. De rechter in het bodemgeschil heeft immers de mogelijkheid om af te wijken; blijkens art. 292 Rv. bindt de kort gedinguitspraak niet.

Volgens een uitspraak van de Rotterdamse rechtbankpresident (10 januari 1983, KG 1983, 99) kan een vordering tot het ongedaan maken van de overdracht van onroerend goed echter niet in kort geding behandeld worden, aangezien een dergelijke vordering het karakter van een voorlopige voorziening ontbeert.

#### 8.6 DE ARTT. 444-444B RV: OPENING VAN GESLOTEN DEUREN, ETC.

Hoewel de artikelen 444, 444a en 444b Rv.<sup>492</sup> opgenomen zijn bij de regeling van het executoriaal beslag, in boek II, titel 2, eerste afdeling, van beslag op roerende goederen, bevatten zij voor ons interessante aspecten, of om Star Busmann-Rutten te citeren (blz. 462 bij no. 448): "hier wordt als het ware reele executie van het recht van de executant op medewerking van de schuldenaar toegelaten."

Art. 444 biedt de mogelijkheid, als de deuren van een woning of een stuk huisraad gesloten zijn, de opening daarvan geweigerd wordt of niemand de niet-aanwezige tegen wie het beslag gelegd is, wil verte-

<sup>491</sup> Coops, blz. 229; Hugenholtz-Heemskerk no. 113; Meijers-Vermeulen, blz. 39 en 71; Mulder, WPNR 4989 (1968); Rechtsvordering, boek I, titel 3, afd. 18 aant. 2 sub f, art. 438 aant. 3; Van Rossem-Cleveringa, art. 289, aant. 4 noot 46; Schenk, blz. 159 e.v.; Star Busmann-Rutten, no. 84; Stein, blz. 336. Zie ook HR 14 maart 1980, NJ 1980, 536, H.A. Drielsma, WPNR 5613 (1982) en par. 4.4.2 over de problemen inzake de doorhaling van de inschrijving van het vonnis in kort geding, houdende veroordeling tot medewerking aan het transport van onroerend goed, indien dat vonnis in hoger beroep wordt vernietigd.

<sup>492</sup> Coops, blz. 253; Hugenholtz-Heemskerk, no. 270, 276, 277, 284 en 288; Jansen, blz. 62-68; Oudelaar, par. 19, 62 en 63; Schenk, blz. 131; Star Busmann-Rutten, no. 448, 449 en 454; Stein, blz. 273-274; O.A.C. Verpaalen, De handhaving van de orde en de tucht in de civiele procedure, Zwolle 1983, blz. 35 e.v., 524-525 en 539 e.v.

genwoordigen, dat de deurwaarder zich bij de burgemeester vervoegt en dat in diens tegenwoordigheid (of die van een vervangende politiefunctionaris) de opening bewerkstelligd wordt.<sup>493</sup>

Het artikel probeert een regeling te geven waarbij acht geslagen is op enerzijds het huisrecht zoals art. 12 GW dat formuleert en anderzijds het recht hierop inbreuk te maken voorzover dit nodig is om de tenuitvoerlegging van een executoriale titel te waarborgen. Zou het artikel niet bestaan, dan zou de tenuitvoerlegging van een executoriale titel op eenvoudige wijze kunnen worden gefrustreerd door een beroep op het huisrecht ex art. 12 GW te doen of door te weigeren een kast, een hutkoffer of een kamer te openen. In principe moet de toestemming tot het binnengaan van de woning, het openen van een kamer, een kast of een kist door de bewoner gegeven worden, ook al is dit niet degene jegens wie beslag gelegd is. Als de bewoner toestemming geeft het huis binnen te treden, betekent dit niet dat daarmee de toegang kan worden verschaft tot alle vertrekken. De bewoner kan een voorbehoud maken en kan geen toestemming geven om de kamer te openen die verhuurd is aan de beslagene. Dit betekent dat de deurwaarder ernstig in zijn werkzaamheden bemoeilijkt kan worden, bijvoorbeeld als de bewoner c.q. de beslagene enige dagen afwezig is. De deurwaarder die dan toch tot executie wil overgaan en het huis of de kamer betreedt zou zich al snel aan (vermeende) huisvredebreuk schuldig maken omdat hem geen toegang verschaft wordt door de betrokkene. Nu kan men betogen dat de executoriale titel voldoende grond geeft voor een eigenmachtige toelating door de deurwaarder: de rechterlijke uitspraak houdt dit implicite in, omdat het doel ervan toch de tenuitvoerlegging is, bij een notariële akte heeft men implicite vooraf al toestemming gegeven tot binnentreden, etc. Of deze argumenten voldoende overtuigend zijn valt te betwijfelen, aangezien art. 12 GW het binnentreden tegen de wil van de bewoner alleen geoorloofd acht in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen.<sup>494</sup> Daarnaast valt te wijzen op art. 10 GW, welke bepaling een eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer inhoudt. De wetgever heeft willen voorkomen dat procedures over zo'n vermeende huisvredebreuk gevoerd zouden moeten worden, aangezien dit op een feitelijke schorsing van de executie zou neerkomen, en heeft het zekere voor het onzekere genomen door in art. 444 Rv. duidelijkheid te verschaffen en daar een overduidelijke bevoegdheid te formuleren. Als waarborg voor het in achtnemen van de formaliteiten en om willekeurig binnengaan te voorkomen is er voor de assistentie van de burgemeester c.q. een hoge politiefunctionaris gekozen.<sup>495</sup> Door de aanwezigheid van een van deze gezagsdragers is de legitimatie verschaft voor het binnentreden in de woning waartoe de toegang geweigerd wordt. Deze aanwezigheid en legitimatie betekent niet dat de burgemeester, etc. zelf het slot moet forceren. Wat dat betreft zal de hulp van een slotenmaker of een agent mogen worden ingeroepen. Omdat de burgemeester en de hem vervangende (hoge) politiefunctionaris in hun hoedanigheid aangewezen worden, is een verdere vervanging op andere

<sup>493</sup> Overigens een weigering maakt de deurwaarder niet onbevoegd alles in beslag te nemen waarvoor geen verdere opening van deuren of huisraad nodig is. Vgl. HR 9 januari 1928, NJ 1928, 209.

<sup>494</sup> Vgl. Hof Arnhem 16 september 1985, NJ 1986, 166: faillissementscurator ondanks huisrecht gefailleerde bevoegd zich tegen diens wil toegang tot diens woning te verschaffen.

<sup>495</sup> De artt. 120 en 122 Sv. houden eenzelfde regeling in.

punten, zoals het aanwezig zijn tot het einde van de executie, niet mogelijk.

Het artikel houdt tevens een legitimatie in om sloten te forceren, kasten en kisten open te breken, etc., want in andere gevallen zou dit soort vernielingen zaaksbeschadiging (vgl. artt. 198 en 350 e.v. Sr.) opleveren.

In de artt. 444a en 444b wordt uitdrukkelijk aandacht besteed aan het geval dat de in beslag te nemen goederen zich op een plaats bevinden die van een derde gehuurd is of op andere wijze in gebruik gekregen is en de medewerking van de derde uit dien hoofde noodzakelijk is. We moeten denken aan safeloketten, garages, pakhuizen, vemen, etc.

Beide artikelen zijn bij de wet van 29 december 1932, Stb. 676 (bij welke wet o.a. ook de dwangsom ingevoerd werd) ingevoegd als reactie op het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 1930, NJ 1930, 573.<sup>496</sup>

In dit arrest werd overwogen "dat in de bepalingen omtrent de gerechtelijke tenuitvoerlegging op roerende goederen noch aan de schuldenaar zelf, noch aan de derden tot plicht wordt gesteld om bij de beslaglegging hun medewerking te verlenen; de artt. 1177 en 1178 BW bepalen niets omtrent de wijze van uitoefening van het verhaal; dat in geval van weigering de deuren of enige kamer of stuk huisraad te openen, de wet regelen treft om tot die opening te geraken, maar dat, in het midden gelaten of hieraan een verplichting tot opening ten grondslag ligt, in ieder geval uit de desbetreffende regeling niet is af te leiden een algemene verplichting tot medewerking, met zich bren-  
gende gehoudenheid om de mededelingen, aanwijzingen en verdere handelingen te doen, die de deurwaarder mocht verlangen om tot de beslaglegging te geraken; dat ook de president der Arrondissementsrechtbank in kort geding niet bevoegd is de bedoelde medewerking te gelasten, omdat de president iemand niet kan veroordelen tot het doen van handelingen, die deze krachtens de wet bevoegd is na te laten en te weigeren."

Men kan deze uitspraak van de Hoge Raad als minder gelukkig karakteriseren, omdat hier wordt beslist dat de rechter iemand niet kan veroordelen tot het doen van handelingen, die deze krachtens de wet bevoegd is na te laten, dat wil zeggen : die de wet hem niet gebiedt te verrichten. Sinds HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum-Cohen) is toch tot datgene wat in het maatschappelijk verkeer de ene burger jegens de andere met het oog op diens persoon of goed betaamt, algemeen tot rechtsplicht verheven! Uit dit arrest blijkt duidelijk dat onze wetboeken niet volledig zijn en dat de rechter de bevoegdheid en de plicht heeft om waar de wet zwijgt zelf onmiddellijk het recht te bepalen! Dat in de sfeer van het proces- c.q. executie-recht minder ruimte voor ongeschreven recht is nu de wet zeer gedetailleerd is en dat daarom de wet niet aangevuld mag worden door de rechter, kan ik niet inzien. Ook in dergelijke gevallen kan er sprake zijn van een lacune zodat de rechter naar analogie gaat redeneren.

De strekking van de beide bepalingen is duidelijk te maken dat degenen die niet direct gemengd zijn in de rechtsbetrekking tussen de beslaglegger en de beslagene, op verzoek van de deurwaarder een rechtsplicht hebben tot het verlenen van hun medewerking aan de ambtshandelingen van de deurwaarder.<sup>497</sup> De vraag rijst nu in hoe-

<sup>496</sup> Zie over deze uitspraak ook Pres.rb. Roermond 10 oktober 1985, KG 1985, 329

<sup>497</sup> Vgl. Pres. rb. Roermond 10 oktober 1985, KG 1985, 329, waar het

verre uit de beide bepalingen mag worden afgeleid dat er een algemene plicht tot meewerken bestaat. Hierboven heb ik met een verwijzing naar het arrest Lindenbaum-Cohen proberen duidelijk te maken dat de uitspraak van de Hoge Raad in 1930 anders had kunnen uitvallen. Het gaat mij echter te ver om zo'n algemene verplichting aan te nemen. De beide bepalingen zijn opgenomen als reactie op het arrest van de Hoge Raad waar de mededelingsplicht juist werd afgewezen. Had men zo'n algemene plicht in het leven willen roepen, dan had dit in een van de ingevoegde artikelen of in art. 444 opgenomen kunnen worden. Dat had tenminste voor de hand gelegen; nu zal aangenomen moeten worden dat de mededelings- en medewerkingsplicht niet verder dan de in art. 444a getrokken grenzen reikt.<sup>498</sup> Ook de Rotterdamse rechtbankpresident achtte de nieuwe regeling niet allesomvattend (10 september 1935, NJ 1936, 71) en oordeelde dat in het geval de schuldenaar goederen aan de derde heeft toevertrouwd zonder van hem een plaats in gebruik te krijgen, bijv. het in bewaring geven van een gesloten koffer, de nieuwe regeling niet gevolgd kan worden en dat de omweg van het derden-beslag gekozen moet worden, hoezeer de beslaglegger ook de voorkeur geeft aan het rechtstreekse beslag onder de schuldenaar zelf. Overigens waren de artt. 444a en 444b wel noodzakelijk, het beroep op de maatschappelijke zorgvuldigheid vormt een te zwakke basis, want als zich goederen van de schuldenaar onder een derde bevinden, dan kan men weliswaar derdenbeslag leggen op grond van de artt. 475 e.v. Rv., maar als slechts met medewerking van de derde toegang verkregen kan worden tot de plaats die de schuldenaar in gebruik heeft, bieden deze bepalingen geen oplossing voor het geval de derde geen medewerking wil verlenen.

Uit HR 4 mei 1951, NJ 1951, 525 blijkt dat de in art. 444a gegeven mogelijkheid slechts aanwezig is als er een redelijk vermoeden bestaat dat zich voor beslag vatbare goederen van de schuldenaar bevinden op een plaats op zodanige wijze van een derde in gebruik gekregen, dat voor de toegang tot deze plaats de medewerking van deze derde nodig is. Daarbij hoeft er geen rechtsverhouding te bestaan tussen de derde en de schuldenaar tegen wie het beslag zich richt, voldoende is dat de schuldenaar de ruimte feitelijk gebruikt.

Uit art. 444a lid 1 blijkt dat de deurwaarder een bewaarder kan aanstellen om te voorkomen dat iets weggenomen wordt. Dit laatste is verre van denkbeeldig in het geval de toegang geweigerd is en de deurwaarder de hulp van de burgemeester moet inroepen. De tussenliggende tijd zou "nuttig" kunnen worden besteed door de schuldenaar die de goederen naar een andere plaats overbrengt.

We vinden in het tweede en het derde lid een mededelingsplicht voor de derde opgenomen, welke plicht, zoals we hierboven al opmerkten, niet zover mag worden uitgebreid dat het een mededelingsplicht wordt voor allen die vermogensbestanddelen van de schuldenaar onder zich

---

verweer van de bank met een beroep op de wetsgeschiedenis verworpen werd, zodat de bank inzage moest verlenen in de registers van huurders c.q. gebruikers van safeloketten en kluisen aan de deurwaarder.

<sup>498</sup> Jansen, blz. 65-66 lijkt naar een mededelingsplicht over te hellen; Van Rossem-Cleveringa, art. 444 aant. 4: mededelingsplicht; Rechtsvordering art. 444 aant. 2: vrijwel gelijk aan het door mij verdedigde; Star Busmann-Rutten, no. 449: mededelingsplicht alleen voor de in artt. 444a en 444b genoemde gevallen.

hebben of kunnen krijgen.

Het vierde lid houdt in dat de derde vanaf het moment dat de deurwaarder zich tot hem gewend heeft om tot de inbeslagname over te gaan, de toegang aan de schuldenaar tegen wie het beslag zich richt geweigerd moet worden, tenzij de deurwaarder daarbij aanwezig is.

Uit het vijfde lid blijkt, zoals we al eerder zagen, dat, mocht zich een executiegeschil voordoen, de president van de rechtbank binnen wiens arrondissement de executie zal plaatshebben, de aangewezen persoon is om dit geschil op verzoek van de deurwaarder te beslechten.<sup>499</sup>

In art. 444b vinden we achtereenvolgens de sanctie op het niet nakomen van de door art. 444a leden 2-4 opgelegde rechtsplicht door de derde, een aanspraak op vergoeding van de schade welke de derde lijdt als de deurwaarder zich bij het verrichten van de tenuitvoerlegging genoodzaakt ziet de deuren open te breken<sup>500</sup> en tot slot een geheimhoudingsplicht. Overigens blijkt uit de artt. 444a leden 2 en 3 en 444b lid 3 dat een beroep op het bankgeheim door de bank die het safeloket verhuurt, of algemeen een geheimhoudingsplicht van de derde omtrent alles wat de client/beslagdebiteur aan hem heeft toevertrouwd, niet opgaat.

## 8.7 GERECHTELIJKE UITWINNING VAN ONROERENDE GOEDEREN (ART. 491 E.V.)

### 8.7.1 Algemeen

In de tweede afdeling van de derde titel van boek II, aangaande het in beslag nemen van onroerende goederen, is art. 529 Rv. geplaatst.<sup>501</sup> In de bepalingen van deze afdeling die aan dit artikel voorafgaan wordt uitgegaan van de verkoop van het onroerend goed voor de rechtbank waarna de opbrengst strekt tot voldoening van de schuld van de schuldenaar, met andere woorden het betreft de executie tot verhaal. Art. 529 zegt dan dat door de overschrijving van het vonnis van toewijzing de eigendom van het onroerend goed op de koper overgaat. Hiermee wordt de rechtspraak van de Hoge Raad aangaande de levering van onroerend goed op grond van art. 671 BW, HR 23 juni 1899, W 7302, zoals hierboven bij de levering van het onroerend goed in paragraaf 4.2.2 is vermeld, doorbroken. In feite heeft het artikel een materieelrechtelijke en geen procesrechtelijke inhoud: het vonnis

<sup>499</sup> Vgl. Pres. rb. Roermond 10 oktober 1985, KG 1985, 329 en Pres. rb. Zwolle 4 juli 1986, KG 1986, 395.

<sup>500</sup> Vgl. Hof Amsterdam 21 juli 1960, NJ 1960, 623: de vervrachter heeft noch op grond van art. 444b, noch op grond van een andere wetsbepaling, jegens de beslaglegger recht op vergoeding van de door de beslaglegging ontstane schade, bestaande in het derven van vergoedingen over het tijdvak dat het schip verhinderd was te vertrekken en in de kosten van toezicht op de lossing der beslagen goederen.

<sup>501</sup> Hugenholtz-Heemskerk, no. 270, 274 en 305; Jansen, blz. 201 e.v.; Star Busmann-Rutten, no. 415, 416 en 475; Stein, blz. 307-308.

constateert namelijk aan wie het onroerend goed wordt toegewezen en houdt niet met zoveel woorden de oorzaak van de eigendomsovergang in.

Door de overschrijving van het vonnis van toewijzing in het hypotheekregister geschiedt de eigendomsoverdracht. We hebben hier te maken met een vonnis dat gelijk staat met een akte. In het vonnis moeten dan ook de voor een notariële akte gebruikelijke gegevens als de kadastrale omschrijving van het onroerend goed, de koopprijs en de gegevens m.b.t. de executant, de geëxecuteerde/"verkoper" en de koper opgenomen worden. Daarnaast is het gewenst dat het vonnis het bevel aan de ex-eigenaar met de zijnen het onroerend goed te ontruimen inhoudt. Art. 529 lid 2 maakt dit mogelijk door een verwijzing naar art. 124 Rv. Zou het vonnis dit laatste bevel niet inhouden, dan zal de koper de ontruiming alsnog moeten vorderen. Meestal zal dit in een kort gedingprocedure kunnen geschieden en zal de vordering ook worden toegewezen.

De bewaarder van het register zal hetzij een door de griffier ondertekende expeditie hetzij een grosse van het vonnis nodig hebben. De griffier zal pas tot de uitreiking hiervan mogen overgaan nadat voldaan is aan alle verkoopvoorwaarden zoals deze voor de veiling zijn geopenbaard. Dit betekent allereerst dat betaald moet zijn, want anders zouden zich onregelmatigheden kunnen voordoen, bijv. de koper wordt wel als gerechtigde in de registers geboekt, maar betaalt niet en levert door aan een derde te goeder trouw. Overigens moet er dan wel in de veilingvoorwaarden een bepaling opgenomen zijn over het tijdstip (en de plaats) van de betaling, want is dit niet gebeurd dan geldt de regel van art. 1500 BW en hoeft de koper niet te betalen voordat de overschrijving plaatsvond! Zoals hierboven in paragraaf 4.4 al bleek, is de hypotheekbewaarder lijdelijk. Het enkele vertoon van de expeditie of de grosse van het vonnis van toewijzing zal hem tot overschrijving noodzaken, tot een nader onderzoek mag hij niet overgaan. Het vonnis van toewijzing kan zonodig direct worden overgeschreven, want op grond van art. 52 lid 1 sub 3 Rv. is uitvoerbaarverklaring bij voorraad mogelijk. Daarbij is het ten uitvoergelegde vonnis ten principale als de voorafgegane veroordeling te zien.

### 8.7.2 De notariële verkoop

Nu in art. 529 lid 1 Rv. de leer van de Hoge Raad inzake de overdracht van onroerend goed doorbroken is, lijkt er reden tot juichen aanwezig te zijn. Echter, de verkoop voor de rechtbank vindt in de praktijk nauwelijks plaats, gebruikelijk is een notariële verkoop. Op deze notariële verkoop is op grond van art. 537c Rv. het eerste lid van art. 529 Rv. niet toepasselijk!

Op grond van de artt. 537a e.v. Rv.,<sup>502</sup> opgenomen als gevolg van de voorstellen van Hartogh in 1893,<sup>503</sup> is het mogelijk dat de hiervoor

<sup>502</sup> Hugenholtz-Heemskerk, no. 305; Jansen, blz. 208 e.v.; Star Busmann-Rutten, no. 475; Stein, blz. 303 e.v.

<sup>503</sup> A.F.K. Hartogh, Voorstel van wet tot wijziging van het wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, 's-Gravenhage 1895/1898, I: 15, 41, 117 e.v., 159-160, II: 125 e.v., 165-166, III: 18, 68 e.v., 105-106, 133, 211 e.v., IV: 186; A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman,

behandelde executoriale verkoop niet voor de rechtbank, maar ten overstaan van de notaris geschiedt. Deze notariële verkoop is inmiddels regel geworden, omdat zo een gunstiger opbrengst kan worden bereikt, terwijl de executiekosten beperkt kunnen worden. De bedoeling van een vereenvoudiging van de verkoop blijkt ook uit art. 537c Rv., waar een aantal artikelen, die betrekking hebben op aanplakbiljetten en neerlegging extract hypotheekregister ter griffie (artt. 514-518), publicatie in dagblad en verkoop ter terechtzitting, bieding alleen door procureurs en notarissen (artt. 521-524), gebondenheid executant aan eerste inzet, bevoegdheid geëxecuteerde tot beëindiging der executie bij voldoende opbrengst (artt. 526-528) en de eigendoms-overgang door overschrijving na bewijs dat de koper aan de voorwaarden van de verkoop voldeed (art. 529 lid 1), worden vervangen door de eisen van art. 1255 BW en de artt. 537a-537f Rv.

Art. 537i biedt een met art. 529 lid 1 te vergelijken regeling, maar het (rechterlijk) vonnis van toewijzing waarover het laatstgenoemde artikel spreekt is vervangen door het notariële proces-verbaal van toewijzing. Dit proces-verbaal, waarin geconstateerd wordt wie het hoogste bod heeft uitgebracht, houdt tevens de kadastrale omschrijving van het geveilde onroerend goed en de gegevens van de oorspronkelijke eigenaar en de koper in. Een afschrift of uittreksel wordt samen met een verklaring dat de koopsom is voldaan c.q. aan de artt. 1257 lid 3 en 1260 BW voldaan is, aan de hypotheekbewaarder ter overschrijving in de registers aangeboden.

Anders dan bij art. 529 lid 1 wordt hier de leer van de Hoge Raad van 23 juni 1899 (W 7302) niet doorbroken. Is daar sprake van een rechterlijk vonnis dat de eigendomsoverdracht bewerkstelligt, hier gaat het om een notariële akte. Mocht de notaris weigeren om, hoewel de koper een bewijs van kwijting of het bewijs zoals bedoeld in art. 537i slot kan overleggen, een door hem gewaarmerkt afschrift of op het gekochte betrekking hebben uittreksel uit het proces-verbaal van de verkoop, waarin tevens de toewijzing aan de koper is vermeld, af te geven, dan kan de koper de weg van de artt. 839 en 840 Rv. kiezen en veroordeling van de notaris tot afgifte vorderen. Op vertoon van het veroordelend vonnis is de notaris verplicht op grond van art. 41 Notariswet en 585 sub 5 Rv. aan de deurwaarder het gevorderde uittreksel of afschrift van de akte af te geven. De rechter vergelijkt vervolgens de akte met het afschrift of uittreksel hiervan en zal deze in geval van overeenstemming voor eensluidend waarmerken. Door het gewaarmerkte afschrift of uittreksel vervolgens aan de hypotheekbewaarder ter overschrijving aan te bieden, verkrijgt de koper waar hij recht op heeft: de eigendom van het gekochte. Een geval van reële executie derhalve op basis van de artt. 836 en 839 Rv. Net zo vindt reële executie plaats na de veroordeling van de bewaarder van akten tot aflevering van een afschrift of uittreksel buiten proces (artt. 839 lid 2 en 840 Rv.), tot de afgifte van een tweede of verdere grosse van een akte (artt. 841 en 842 Rv.) of die van een vonnis (art. 843 Rv.).<sup>504</sup>

De wet van 7 juli 1896, 's-Gravenhage 1897, blz. 175 e.v.

<sup>504</sup> Coops, blz. 110-111; Hugenholtz-Heemskerk, no. 244 en 245; Janse, blz. 18 noot 27, 215 noot 615, 294-295; Star Busmann-Rutten, no. 301, 302 en 420; Verpaalen, blz. 336 e.v.



Omdat art. 529 lid 2 door art. 537c niet wordt uitgezonderd, geldt deze bepaling ook ingeval van eigendomsoverdracht na een notariële executoriale veiling en kan ontruiming op grond van de notariële grosse plaatsvinden. Het notariële proces-verbaal waaruit de eigendomsoverdracht blijkt zal voorafgaande aan deze ontruiming betekend moeten worden. Betreft het een eigenaar-gebruiker, dan levert dit proces-verbaal voldoende grond op om de ontruiming af te dwingen. Gaat het om een huurder, etc., dan zal de hypotheekakte, de huurakte, het gebruikscontract, etc. bestudeerd moeten worden en zal soms pas na een afzonderlijke rechterlijke uitspraak (meestal in een kort gedingprocedure) de ontruiming bewerkstelligd kunnen worden. In andere gevallen zal de huurder, etc. tot "de zijnen", behorende bij de eigenaar-bewoner, gerekend kunnen worden en zal op deze wijze toch ontruiming op basis van het proces-verbaal van de veilingakte kunnen geschieden.

## 8.8 LIJFSDWANG, DWANGSOM EN DE CUMULATIE MET REELE EXECUTIE

### 8.8.1 Algemeen

De vijfde titel van boek II is gewijd aan twee indirecte, zijdelingse dwangmiddelen: de lijfswang of gijzeling<sup>505</sup> en de dwangsom.<sup>506</sup> Zoals bekend is reële executie niet steeds mogelijk. We hoeven slechts te denken aan de gevallen dat de schuldenaar geld of goed buiten het bereik van de schuldeiser heeft weten te stellen of dat de prestatie slechts door de schuldenaar persoonlijk verricht kan worden. In die gevallen moet de onwillige schuldenaar langs een andere weg bewogen kunnen worden aan zijn verplichtingen te voldoen en wel door indirect

<sup>505</sup> Coops, blz. 269 e.v.; Hugenholtz-Heemskerk, no. 309 e.v.; Jansen, blz. 300 e.v.; Onrechtmatige Daad, no. II-232; Oudelaar, par. 43-45; Schenk, blz. 131-132; Star Busmann-Rutten, no. 412 en 418; Stein, blz. 254 en 309 e.v.; Van der Werf, blz. 139-142.

<sup>506</sup> Blaauw, a.w.; Coops, blz. 271 e.v.; Hugenholtz-Heemskerk, no. 315 e.v.; Jansen, blz. 328 e.v.; Meijers, De dwangsom, WPNR 3945 (1946); Van Nispen, a.w.; Onrechtmatige Daad, no. II-233 e.v.; S.N. van Opstall, Enkele opmerkingen over de dwangsom, inaug. rede RU Utrecht 1955; dez., De dwangsom in het Nederlandse recht, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studies van het recht van België en Nederland, Jaarboek 1961-1962 (VIII), blz. 118 e.v.; dez., De regeling van de dwangsom in het gewijzigd ontwerp voor het derde boek van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, WPNR 5194-5195 (1972); Oudelaar, par. 31-42; Schenk, blz. 133-134; Star Busmann-Rutten, no. 412 en 418; Stein, blz. 254 en 310 e.v.; T.A.W. Sterk in de bundel "Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland, 1830-1980", Leidse Juridische Reeks, deel XV, Leiden 1981, blz. 111-117; Van der Werf, blz. 135-138. Zie over de dwangsom in het bestuursrecht H.A.W. Snijders, Gemeenten en bestuursdwang, diss. KU Nijmegen 1982, blz. 188-197; zie ook art. 28a Hinderwet en art. 125 lid 1 van de voorgestelde Gemeentewet (wetsontwerp 19.403).

dwang op hem uit te oefenen via zijdelingse dwangmiddelen. De wetgever heeft gedacht aan de vrijheidsbeneming van de schuldenaar en aan de verbeurte van een geldbedrag. Immers degene die zich een tijdje niet vrij kan bewegen of die een deel van zijn inkomen of vermogen moet afstaan, zal wellicht bereid zijn om, teneinde lijfswang of dwangsom te voorkomen of op te laten houden, alsnog de overeengekomen prestatie uit te voeren.

Gezien het verband met de reële executie (als dit begrip ruim wordt opgevat maken beide dwangmiddelen er zelfs deel van uit) moeten beide rechtsinstituten hier wel een plaats krijgen. Ook is van belang in hoeverre cumulatie van reële executie, dwangsom en/of lijfswang kan optreden.

### 8.8.2 Lijfswang (art. 585 e.v. Rv.)

Lijfswang, het gevangen houden van een schuldenaar ten einde deze tot nakoming van zijn verplichtingen te bewegen, komt nauwelijks meer voor, omdat men de aantasting van de persoonlijke vrijheid zoveel mogelijk wil beperken. Deze dwang komt alleen voor als verhaalsexecutie niet mogelijk is en vormt een laatste redmiddel.<sup>507</sup> Als het voorkomt is dit meestal in geval van de weigering van betaling van alimentatie.<sup>508</sup> Daarnaast kan de conclusie getrokken worden dat de huidige regeling sterk verouderd is en dringend aan herziening toe is.<sup>509</sup>

Omdat het om vrijheidsbeneming gaat dringt een vergelijking met de strafrechtelijke dwangmiddelen in verzekeringstelling (art. 57 e.v. Sv.) en voorlopige hechtenis (art. 63 e.v. Sv.) zich op. Men kan zich overigens afvragen of er geen strijd bestaat met de ECRM, met name de artt. 4 en 5, en art. 15 GW.<sup>510</sup> Gezien de uitspraak van de Hoge

<sup>507</sup> Bijv.: Pres. rb. Leeuwarden 27 augustus 1981, KG 1981, 130. Zie ook Pres. rb. Breda 29 september 1986, KG 1986, 460: vordering tot toepassing van lijfswang in een zaak betreffende levensonderhoud afgewezen, omdat de mogelijkheid van (het minder ingrijpende dwangmiddel van) loonbeslag niet is gezien en duidelijk is dat het achterstallige bedrag niet direct nodig is voor de verzorging van de minderjarige, nu deze thans bij gedaagde verblijft en zijn verzorging in natura geniet.

<sup>508</sup> Uit NRC Handelsblad 26 november 1982, blijkt dat de minister van financiën de laatste vijf jaar slechts tweemaal de ontvanger der belastingen toestemming gegeven heeft om tot dit dwangmiddel over te gaan. Op 29 augustus 1985 kondigde de staatssecretaris van financiën aan dat de fiscus een ruimer gebruik gaat maken van de gijzeling als wapen tegen malafide ondernemers.

<sup>509</sup> In de MvT, blz. 3 op kamerstuk 16.593 wordt nog eens herhaald wat in de MvA betreffende de goedkeuring van het protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (kamerstuk 15 396) aangekondigd was, namelijk een studie naar de regeling van de lijfswang in haar geheel.

<sup>510</sup> Zie hierover Blaauw, blz. 13; Drion, RM Themis 1962, blz. 212-213 (= Geschriften blz. 104-105); Rechtsvordering boek II, titel 5, afdeling 1, aant. 2; HR 2 december 1983, NJ 1984, 306 en Hof 's-Gravenhage 29 maart 1984, NJ 1984, 400: geen strijd met art. 5 ECRM. T.A.J. Keizers, De faillissementsgijzeling nader

Raad van 2 december 1983, NJ 1984, 306 inzake art. 87 F (inbewaringstelling gefailleerde) lijkt me dit niet waarschijnlijk.

Op de toelaatbaarheid van de lijfswang wordt een aantal beperkingen aangebracht in de artt. 588 en 589. Hier wordt gezegd dat geen lijfswang van kinderen en hun afstammelingen mogelijk is tegen hun bloed- en aanverwanten in de opgaande linie,<sup>511</sup> dat lijfswang nimmer tenuitvoergelegd mag worden tegen personen van zeventig jaar en ouder en dat lijfswang alleen tenuitvoergelegd kan worden op grond van een vonnis waarbij dit uitgesproken is en dus niet op grond van een notariële akte.<sup>512</sup>

Bovendien zal de rechter de lijfswang alleen mogen uitspreken als dit gevorderd is en niet ambtshalve: de rechter mag niet meer toewijzen dan gevorderd is (vgl. art. 382 sub 2 en 3 Rv.). Ook andere artikelen houden beperkingen in: zo art. 591 en 598c voor de maximum duur (een jaar resp. drie maanden) en art. 600 wat de plaats betreft.<sup>513</sup>

Het middel zal weinig effectief zijn als de gegijzelde buiten staat is aan de verplichting te voldoen: hoezeer hij ook wil, hij kan niet. Denk aan de verplichting om het enig overgebleven exemplaar van een boek te leveren, terwijl het boek inmiddels bij een brand in vlammen opgegaan is. Art. 589a zegt daarom dat in dergelijke gevallen geen lijfswang uitgesproken zal worden. Het artikel geldt overigens niet wanneer de schuldenaar zich opzettelijk buiten staat heeft gesteld om aan zijn verplichting te voldoen (vgl. art. 598f sub 3 en 611 lid 1 Rv.). Gaat het om louter onwil, dan kan de lijfswang een effectief dwangmiddel zijn, zeker als een dwangsom niet te verhalen zou zijn.<sup>514</sup>

Van belang voor ons is art. 587 Rv. De rechter wordt in dit artikel bevoegd verklaard zijn uitspraak met lijfswang te sanctioneren in een drietal gevallen waarin een prestatie gevorderd wordt die niet terstond op geld waardeerbaar is, althans niet de betaling van een geldsom betreft,<sup>515</sup> te weten als de uitspraak betreft:

1. het geven van een bepaalde zaak;

---

beschouwd, AAe 1985, blz. 593-600, speciaal de blz. 599-600, waar blijkt dat er geen strijd met het verdrag bestaat. Vgl. G.A.M. Strijards in de Jeukensbundel Grondrechten, blz. 310 e.v.; Europees Hof voor de Rechten van de Mens 21 februari 1975, NJ 1975, 462.

<sup>511</sup> Blijkens HR 5 december 1986, RvdW 1986, 206 is het wel mogelijk de uitvoerbaarheid bij lijfswang van een rechterlijk bevel tot afgifte van een minderjarige door de ene ouder aan de andere o.g.v. art. 587 Rv. Zie ook: Rb. Rotterdam 15 juli 1985, NJ 1986, 564; negeren van onherroepelijke rechterlijke beslissing (gezagsvoorziening kinderen) af te dwingen door middel van lijfswang of dwangsom.

<sup>512</sup> Vgl. ook Pres. rb. Zwolle 20 mei 1986, KG 1986, 301: bevel tot gijzeling geweigerd (jegens krakers): nog daargelaten dat de wet een geval als het onderhavige niet noemt: civielrechtelijke gijzeling mag niet zijn een vrijheidsbenemende straf op overtreding van een rechterlijk verbod.

<sup>513</sup> Ook andere wetten houden beperkingen in, vgl. artt. 1639a lid 2 BW en 9 lid 3 BBA 1945 (arbeidsverplichting niet afdwingbaar door lijfswang).

<sup>514</sup> Vgl. Pres. rb. Leeuwarden 20 november 1980, KG 1981, 129; Pres. rb. Leeuwarden 27 augustus 1981, KG 1981, 130.

<sup>515</sup> Hof Arnhem 17 juni 1974, NJ 1974, 533; Hof Amsterdam 22 november 1984 NJ 1985, 808.

2. het verrichten van een handeling die uitsluitend afhangt van de wil van de veroordeelde en alleen door hem verricht kan worden of

3. het nalaten van een handeling.

Er is hier sprake van een discretionaire bevoegdheid. De onder 1 en en 3 genoemde gevallen zullen weinig problemen opleveren om uit te maken wat er wel en wat er niet onder valt. Anders is dit met het onder 2 genoemde. Zo is omstreden in hoeverre bij een ontruiming lijfswang aan de uitspraak verbonden kan worden. Enerzijds<sup>516</sup> wordt verdedigd dat de ontruiming niet onder het sub 2 genoemde valt, nu deze ook door de wederpartij met behulp van de sterke arm kan worden geëxecuteerd en dus niet uitsluitend van de wil van de veroordeelde afhankelijk is. Of zoals de Roermondse rechtbank overwoog: "dat lijfswang niet toepasselijk is, immers de grond waarop die wordt gevraagd, niet valt onder artt. 585 en 586 Rv., en ook niet onder art. 587; dat gevorderd wordt ontruiming en zulks met overgifte van de sleutels; dat dit niet is te verstaan als het geven van een bepaalde zaak, daar de vordering tot ontruiming niet beoogt de levering van eigendom, bezit of houderschap, maar het doen der verlating met achterlating van al hetgeen niet gedaagde eigen is, de sleutels inbegrepen; dat bij ontruiming ook niet aan het verrichten ener handeling in de zin van 2e van dit artikel kan worden gedacht, omdat zodanige ontruiming niet uitsluitend van de wil van de veroordeelde afhangt en alleen door hem kan worden verricht, maar door eiseres zelf kan worden uitgevoerd, zelfs met behulp van de sterke macht, zoals eiseres vordert en haar moet worden toegewezen."

Anderzijds<sup>517</sup> wordt gezegd dat lijfswang wel mogelijk is en dat het in sub 1 genoemde ruim moet worden opgevat. Of zoals de Amsterdamse rechtbank overwoog: "... goede rechtsorde brengt mee, dat wanneer blijkt dat de veroordeelde partij weigert aan een veroordeling van de rechter gevolg te geven, alsnog aan die rechter een executiemaatregel kan worden gevorderd die men eerst meende te kunnen ontberen; ... dat aan een uitspraak van de rechter door de in het ongelijk gestelde partij behoort te worden voldaan; dat de dwangsom daarvoor in dit geval niet voldoende is gebleken, en eiseres terecht vraagt om thans het middel van lijfswang, dat in dit geval door de wet is toegelaten, te mogen aanwenden."

Ik voel het meeste voor een ruime opvatting, zoals hieronder nog zal blijken, zeker nu de Memorie van Toelichting op hoofdstuk II, art. 4 van het wetsontwerp dat leidde tot de wet van 29 december 1932, Stb. 676 ook een ruime opvatting ten aanzien van art. 587, 1o huldigt. Doel van het artikel is om tegemoet te komen aan de executienood waarin de in het gelijk gestelde partij komt te verkeren, als de wederpartij zich niet aan het hem veroordelende vonnis houdt. In feite gaat het om een aanvulling op de behoefte aan reele executie. Dit betekent dat in de gevallen dat reele executie mogelijk zou zijn (wat ten aanzien van art. 1271 BW zou kunnen worden verdedigd) in plaats hiervan, dan wel cumulatief, lijfswang bevolen kan worden.

Het is toch een algemeen beginsel van ons executierecht dat diverse executievormen naast elkaar van toepassing kunnen zijn. Dit beginsel blijkt uit de artt. 437, 598 en 598h Rv. en wordt alleen in art. 494 met betrekking tot de hypotheekhouder doorbroken, die wel beslag kan

<sup>516</sup> Rb. Roermond 5 november 1936, NJ 1938, 68; Rechtsvordering, art. 587 aant. 1.

<sup>517</sup> Van Rossem-Cleveringa, art. 587 aant. 3; Pres.rb. Amsterdam 14 januari 1946, NJ 1946, 684.

leggen op niet aan hem verhypothecueerd goed, maar niet met de verkoop kan doorgaan dan na uitwinning van het verhypothecueerde goed.<sup>518</sup>

Ik zie dan ook niet in waarom de rechter bij zijn uitspraak tot reële executie ook niet tevens lijfswang en/of een dwangsom mag opleggen. Stel dat iemand ten onrechte een pand bewoont. Met behulp van de deurwaarder wordt het pand ontruimd, waarna de betrokkene weer zijn intrek in het pand neemt. Als dit een ontruimings- en er weer intrekkencyclus wordt, lijkt de lijfswang me een laatste executiemiddel: betrokkene is dan in ieder geval enige tijd buiten staat om tot herbezetting over te gaan.

Overigens zou ik willen pleiten voor een ruimer gebruik van de lijfswang als uiterste executiemiddel.<sup>519</sup> Dit wordt mij ingegeven door de uitspraak van Hof Arnhem 17 juni 1974, NJ 1974, 533. Het ging hier om een zekere De Bruijn, die bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis veroordeeld was om fl. 16.563,35 aan Pen te betalen. Toen De Bruijn niet voldeed aan de veroordeling, werd hij door Pen in kort geding gedagvaard. De Bruijn moest uit handelsactiviteiten een ruim inkomen genieten, maar verhaal van het bedrag bleek niet mogelijk. Alle goederen stonden op naam van de, buiten gemeenschap gehuwde, echtgenote van De Bruijn. Pen concludeerde hieruit dat lijfswang de enig overgebleven mogelijkheid was. Echter de president van de rechtbank verklaarde hem niet-ontvankelijk. Het vonnis werd in hoger beroep bekrachtigd, omdat de betaling van een geldsom niet onder art. 587 Rv. valt. Afgezien van de redengeving van de uitspraak, meen ik dat in gevallen als het onderhavige, waar "slimme" mensen een spelletje spelen om de aanspraken van hun wederpartij te frustreren, het noodzakelijk maken dat in de wet aan de rechter een grotere bevoegdheid wordt toegekend om in allerlei gevallen de mogelijkheid van lijfswang aan de uitspraak te verbinden.<sup>520</sup>

Ik wil dan ook van harte onderschrijven wat Hugenholtz-Heemskerk onder no. 311 Toepassing van lijfswang door de rechter stelt: "In de praktijk wordt lijfswang maar in weinig vonnissen uitgesproken en in nog minder gevallen tenuitvoergelegd. Een dwangsom wordt dikwijls uitgesproken, maar ook zelden tenuitvoergelegd. Men moet lijfswang zien als een laatste dwangmiddel voor extreme gevallen van onwil. In die gevallen kan het echter niet worden gemist. Het nut ligt vooral in de preventieve werking. Waar een dwangsom wegens onverhaalbaarheid faalt, baat wellicht lijfswang (voorbeeld: Pres.rb. Leeuwarden 10 november 1980 en 27 augustus 1981, KG 1981, 129 en 130).

<sup>518</sup> Hugenholtz-Heemskerk, no. 282, 309 en 314; Jansen, blz. 15, 34-35, 191, 303-304, 311, vgl. ook blz. 329 noot 106; Van Rossem-Cleveringa, art. 437 aant. 2, art. 494 aant. 1, art. 598 aant. 1; Rechtsvordering art. 437 aant. 1, art. 494 aant. 1, art. 598 aant. 1; Star Busmann-Rutten no. 451.

<sup>519</sup> Uit NRC Handelsblad 26 november 1982, blijkt dat de minister van financiën de laatste vijf jaar slechts tweemaal de ontvanger der belastingen toestemming gegeven heeft om tot dit dwangmiddel over te gaan. Op 29 augustus 1985 kondigde de staatssecretaris van financiën aan dat de fiscus een ruimer gebruik gaat maken van de gijzeling als wapen tegen malafide ondernemers.

<sup>520</sup> Zie Hugenholtz-Heemskerk, blz. 329, noot 82: het arrest toont aan dat er behoefte bestaat aan uitbreiding van de mogelijkheid van lijfswang.

Het zou daarom wenselijk zijn lijfswang toe te laten bij alle veroordelingen tot iets anders dan de betaling van een geldsom. Ten aanzien van executoriale titels, die recht geven op de betaling van een geldsom, zou de wet de president van de rechtbank de bevoegdheid kunnen geven een uitvoerbaarverklaring bij lijfswang uit te spreken, zoals nu in alimentatiezaken mogelijk is. De toepassing kan aan het oordeel van de rechter worden overgelaten. De debiteur is beschermd door de vele mogelijkheden om tegen de gijzeling op te komen." Uit het bovenstaande zal duidelijk geworden zijn dat ik noch strijd met art. 5 ECRM, noch art. 15 GW zie. Bij deze bepalingen moet men aan strafrechtelijke vrijheidsbeneming denken. Anders zou art. 5 lid 1 sub b ECRM een ontsnappingsclausule bevatten: "wegens weigering een overeenkomstig de wet door de rechter gegeven bevel op te volgen of teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren." Hetzelfde geldt voor het tweede lid van art. 15 GW.<sup>521</sup>

### 8.8.3 Dwangsom (art. 611a e.v. Rv.)

Werd voor de lijfswang al een regeling getroffen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 1838, de dwangsom is pas bij wet van 29 december 1932, Stb. 676 in ons recht opgenomen. Inmiddels is met België en Luxemburg de Benelux Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom gesloten, die verplichtte een uniforme regeling tot stand te brengen. Bij wet van 23 maart 1977, Stb. 184, in werking getreden op 1 januari 1978, heeft Nederland aan deze verplichting voldaan en nu gelden o.a. in plaats van de (oude) artt. 611a en 611b Rv. de (nieuwe) artt. 611a-611i Rv. Dat de dwangsom pas op 1 april 1933 ingevoerd werd had grotendeels te maken met de vraag of het hier een executiemiddel betrof of een boetebedrag.<sup>522</sup> Voordien werd vaak gewerkt met een gefingeerde schadevergoeding, nu werd duidelijk dat er geen schade van de schuldeiser vereist was. Art. 611a lid 1 Rv. zegt dat de rechter op vordering van een der partijen de wederpartij kan veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn; een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot de betaling van een geldsom.

Bij beslagen komen we uiteindelijk vrijwel steeds tot een geldelijke opbrengst. Zoals we al diverse malen gezien hebben zijn er ook gevallen waarbij het de schuldeiser niet om geld of een geldelijk equivalent gaat, maar waarbij het om de prestatie zelf gaat: het gekochte huis, het afsnijden van de hinderlijk overhangende takken van de bomen van

<sup>521</sup> In België is de lijfswang per 1 maart 1980 opgeheven. Zie hierover A. Vandeplas, Het einde van de lijfswang, RW 1979-1980, 2079-2080. Ballon, no. 266 acht strijd aanwezig met art. 1 van het Vierde Protocol bij de ECRM. M.i. slaat die bepaling alleen op overmacht, etc. en niet op onwil.

<sup>522</sup> Th.W. Branbergen, Dwangsom en boetebeding, NJB 1937, blz. 530 e.v.; dez., Dwangsom, astreinte en schadevergoedingsbeding, NJB 1937, blz. 1054 e.v.; Meijers, WPNR 3945 (1946); Van Opstall, rede, blz. 7 e.v.; dez., jaarboek, blz. 125 e.v.

de buren, het houden van een voordracht of het schilderen van een portret. In een aantal gevallen is het verbreken van de afspraak onherstelbaar: bijvoorbeeld de afspraak om geen muziek te maken na 24.00 uur of de afspraak om een geheim niet te openbaren. Met het oog op dit soort gevallen is de dwangsom ingevoerd. De dwangsom moet dienen als een extra prikkel tot nakoming van de oorspronkelijke afspraak. Zonder diep op deze materie in te gaan, valt er op te wijzen dat de oplegging van een dwangsom gevorderd moet worden en dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, zodat hij naar eigen inzicht kan beoordelen of de vordering wordt afgewezen of (slechts voor een zeker periode en/of een zekere hoogte) wordt toege-  
wezen.

Uit de wettekst blijkt verder dat de dwangsom niet gezien moet worden als een speciale vorm van schadevergoeding, maar dat beide naast elkaar staan en dat de schadevergoeding berekend wordt ongeacht de hoogte van de dwangsom. Daarmee is uitdrukkelijk afstand genomen van oudere Belgische en Franse jurisprudentie, waar de dwangsom als een vorm van schadevergoeding werd gezien.<sup>523</sup>

Omdat de dwangsom in geld luidt is via beslag de executie ervan mogelijk. Dat het om een geldbedrag handelt verklaart ook de uitzondering die in art. 611a lid 1 Rv. gemaakt wordt voor de betaling van een geldsom: een veroordeling hiertoe is steeds tenuitvoer te leggen.<sup>524</sup> Het gaat daarbij om de betaling van een geldsom door de schuldenaar aan de schuldeiser. De uitzondering staat er dan ook niet aan in de weg dat een dwangsom verbonden kan worden aan de veroordeling tot betaling van een geldsom aan een ander dan degene die veroordeling van zijn wederpartij tot die betaling vordert.<sup>525</sup> Bij de veroordeling tot betaling aan een derde kan de eiser niet overgaan tot gewone executie door middel van een dwangsom. Zou de oplegging van een dwangsom in deze gevallen niet mogelijk zijn, dan zou executie geheel onmogelijk zijn. Een dergelijke veroordeling sluit dan ook geheel aan bij de eisen van de praktijk. In casu ging het om een vrouw die er

<sup>523</sup> Vgl. Cass. 24 januari 1924, Pas. 1924, I, 151; G.L. Ballon, Dwangsom, Gent-Leuven 1980; I. Moreau-Margreve, L'astreinte, Annales de la Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liege, 1982 no. 1, blz. 11 e.v.; M. Storme, Een revolutionaire hervorming: de dwangsom, TPR 1980, blz. 222; dez., De dwangsom herbezocht, in Haardt-bundel Een goede procesorde, Deventer 1983, blz. 125 e.v.

<sup>524</sup> Zoals hieronder zal blijken staat deze beperking aan kritiek bloot. Ktg. Oud-Beijerland 18 maart 1985 (te kennen uit Pres. rb. Dordrecht 2 november 1985, KG 1986, 6) sprak een dwangsom uit bij de veroordeling tot afgifte van geldswaardige vakantiezegels. Pres. rb. Middelburg 10 maart 1986, KG 1986, 186 achtte het opleggen van een dwangsom mogelijk in geval van een veroordeling tot betaling van loon.

<sup>525</sup> Vgl. Benelux-gerechtshof 9 juli 1981, NJ 1982, 190; al eerder: HR 9 september 1949, NJ 1950, 595 (aan de veroordeling tot afgifte van eens anders penningen kan de oplegging van de dwangsom worden verbonden; immers zodanige veroordeling is niet begrepen onder die tot betaling van een geldsom als bedoeld in art. 611a Rv.); Hof 's-Hertogenbosch 5 november 1969, NJ 1970, 37; Hof 's-Hertogenbosch 18 november 1969, NJ 1970, 206; Hof Amsterdam 6 november 1970, NJ 1971, 93; Pres.rb. Utrecht 16 april 1973, NJ 1976, 155.

belang bij had dat haar ex-echtgenoot zekere betalingen (hypotheek-rente en aflossingen) met betrekking tot de door haar bewoonde woning aan derden zou verrichten.

Opmerking verdient het feit dat dwangsommen niet alleen bij vermogensrechtelijke veroordelingen, maar ook bij familierechtelijke veroordelingen mogelijk zijn. In de uitspraak van het Beneluxgerechtshof van 11 mei 1982, NJ 1983, 610, ging het om de verplichting tot afgifte van een minderjarige aan de voogdes en in een uitspraak van dezelfde dag van deze instantie, NJ 1983, 613, ging het om de nakoming van een omgangsregeling. Al eerder hadden Hof Arnhem 10 april 1973, NJ 1973, 512 en Rechtbank Utrecht 25 april 1975, NJ 1975, 430 de dwangsom bij de nakoming van een omgangsregeling op grond van art. 1: 161 lid 5 BW mogelijk geacht. Dat geen dwangsom opgelegd wordt wanneer het om afdwingen van huwelijksverplichtingen, als de plicht tot samenwonen en de plicht om voldoende huishoudgeld te verschaffen gaat, zal geen verwondering wekken. In die gevallen moet zonodig een vordering tot echtscheiding ingesteld worden.<sup>526</sup>

Al eerder had de Hoge Raad uitgemaakt<sup>527</sup> dat de oplegging van een dwangsom in een procedure tussen echtgenoten mogelijk is, zelfs als zij in algehele gemeenschap van goederen gehuwd zijn, en dat dit niet onverenigbaar is met de als gevolg van deze algehele gemeenschap van goederen intredende boedelmenging. Het karakter van de dwangsom is toch om druk uit te oefenen, opdat aan de hoofdverplichting voldaan wordt. Als de ene echtgenoot in een dergelijk geval de verbeurde dwangsom verhaalt zal dat het saldo van de huwelijksgoederengemeenschap niet doen veranderen, maar wel heeft dit verhaalt tot gevolg dat de beschikkingsmacht over deze geldsom op de verhalende echtgenoot overgaat. (vgl. art. 1:93 e.v. BW).

In de artt. 611d, 611e en 611f Rv. worden speciale regelingen getroffen voor het geval de schuldenaar niet aan de hoofdveroordeling kan voldoen, failliet verklaard is of overleden is en de dwangsom per tijdseenheid verbeurd wordt. De regeling komt er op neer dat (tijdelijk) geen dwangsommen verschuldigd zijn. Dit is ook redelijk nu de schuldenaar in het geval van art. 611d, ondanks zijn goede wil niet presteren kan, bijv. omdat de nakoming mede afhankelijk is van de wil van anderen;<sup>528</sup> in het tweede geval is er nagenoeg geen verhaal

<sup>526</sup> Zie ook het hierboven bij het personen- en familierecht in par. 6.5.2 aan de orde gekomene. Oudelaar, par. 33; Van der Werf, blz. 137.

<sup>527</sup> HR 23 december 1960, NJ 1961, 86 (zgn. Dwangsomarrest).

<sup>528</sup> HR 14 mei 1976, NJ 1977, 375; HR 16 december 1977, NJ 1978, 561; HR 6 februari 1981, NJ 1982, 182; Hof Amsterdam 20 januari 1984, NJ 1985, 431; art. 611d Rv. moet restrictief worden uitgelegd. Pres.rb. Leeuwarden 25 januari 1985, KG 1985, 75 meende dat in het geval voor de veroordeling tot opheffing van de non-actiefstelling op straffe van verbeurde van een dwangsom, al ontslag op staande voet gegeven is, er sprake is van een onmogelijkheid voor de veroordeelde te voldoen zoals bedoeld in art. 611d Rv. Zie ook HR 1 november 1985, NJ 1986, 92, waar aan het Beneluxgerechtshof wordt gevraagd of de rechter de dwangsom kan opheffen of verminderen als de dwangsom gesteld is op het geheel of gedeeltelijk in gebreke blijven met het verrichten van een aantal verschillende prestaties en inmiddels een deel van de prestaties verricht is, een ander deel onmogelijk verricht kan worden en de overige prestaties niet verricht zijn. Ik vermoed, mede op grond



mogelijk en worden uitsluitend andere schuldeisers benadeeld: de andere schuldeisers zouden moeten lijden onder de koppigheid of onwil van de schuldenaar en meer hinder ondervinden van de doorgaande verschuldigdheid van de dwangsommen dan de failliet zelf, en in het derde geval is het zo dat erflater en erfgenamen niet geheel vereenzelvigd mogen worden: de erfgenamen kunnen afwijkende opvattingen hebben en hebben dan enige tijd nodig om tot overeenstemming te komen (denk aan het geval dat de erflater een huis niet wil overdragen en de erfgenamen dit wel willen) of dat de erflater beeldhouwer is: de erfgenamen zullen de persoonlijke prestatie van de erflater veelal niet kunnen verrichten.

Uit art. 611g Rv blijkt dat een dwangsom verjaart door een verloop van zes maanden na de dag waarop zij verbeurd is, zodat de schuldeiser het totaal van de verschuldigde dwangsommen niet tot een onevenredige hoogte kan laten oplopen door zich eerst te verheugen dat het verbeurde bedrag zo oploopt en pas na bijvoorbeeld drie jaar een procedure tot inning van de gedurende die drie jaar verbeurde dwangsommen aanhangig te maken. Tot slot valt nog te vermelden dat art. 611h inhoudt dat de absolute competentie van de rechter en de vatbaarheid voor hoger beroep van de hoofdvordering niet beïnvloed worden door de hoogte van de dwangsom, terwijl in de artt. 611i en 1056 wordt gezegd dat scheidsmannen (arbiters) voor de toepassing van deze afdeling gelijkgesteld worden met rechters.

Overigens is het sinds 16 januari 1980 (in verband met de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest, wet van 14 december 1979, Stb. 693) op grond van de artt. 1639a lid 2 BW en 9 lid 3 BBA niet meer geoorloofd om een dwangsom of lijfswang op te leggen ingeval van een veroordeling tot nakoming van de arbeidsverplichting. Zoals uit de uitspraken van de Hoven te 's-Gravenhage van 7 oktober 1946, NJ 1947, 113 en te Leeuwarden van 6 september 1950, NJ 1950, 746 blijkt,<sup>529</sup> werd dit vroeger wel mogelijk geacht en ook uitgesproken, hoewel dit tot aantasting van de persoonlijke vrijheid zou leiden.

Al met al kan de conclusie luiden dat de dwangsom een zeer praktisch indirect, zijdelings executiemiddel is.

#### 8.8.4 Cumulatie met reele executie

Een vraag van speciaal belang is of dwangsom en reele executie (en ruimer: en ook lijfswang) elkaar uitsluiten of dat zij naast elkaar kunnen voorkomen, met andere woorden: exclusief of cumulatief.<sup>530</sup>

We hebben gezien dat de dwangsom een executiemiddel is. Samen met de lijfswang vormt het een derde categorie van zijdelingse dwangmiddelen die door de bedreiging met het afdwingen van de ene prestatie

---

van HR 6 februari 1981, NJ 1982, 182, dat de vraag bevestigend beantwoord zal worden.

<sup>529</sup> Zie ook Pres. rb. Amsterdam 27 maart 1958, NJ 1958, 245 en Pres. rb. 's-Gravenhage 18 augustus 1958, NJ 1958, 452; beide geannoteerd door Van der Grinten in AAe VIII (1958-1959), blz. 141-143.

<sup>530</sup> Jansen, blz. 311, 328-329; Meijers, WPNR 3945, blz. 274; Meijers-Vermeulen, blz. 234; Van Opstall, jaarboek, blz. 130; Rechtsvordering, boek II, titel 5, afd. 3, aant. 3, art. 611a aant. 1; Schenk, blz. 103-104, Star Busmann-Rutten, no. 418 slot; Stein, blz. 254.

beogen het in het veroordelend vonnis uitgedrukte gevolg van doen of niet doen of van het geven van een bepaalde zaak (niet zijnde een geldsom) tot stand te brengen. De beide andere executiemiddelen worden gevormd door allereerst de mogelijkheid van direct verhaal van een veroordeling tot betaling van een geldsom en de evenzo direct werkende reële executie waarbij het beoogde gevolg van de veroordeling tot de prestatie rechtstreeks wordt bewerkstelligd.

Deze drie groepen staan in principe naast elkaar,<sup>531</sup> maar de rechter kan in zijn beslissing de executiemiddelen inperken.<sup>532</sup> Zo zal degene die een geldsom te vorderen heeft beslag kunnen leggen, maar als de schuldenaar erin geslaagd is al zijn vermogensbestanddelen "zoek" te maken, dan zou zo nodig tot het gebruik van lijfswang overgegaan moeten kunnen worden. Door de aard van de vordering is de dwangsom voor dit soort gevallen door art. 611a lid 1 uitgesloten, tenzij het gaat om de betaling aan een ander dan degene die de veroordeling van zijn wederpartij tot die betaling vordert (vgl. Beneluxgerechtshof 9 juli 1981, NJ 1982, 190).<sup>533</sup> Evenals de reële executie hebben dwangsom en lijfswang slechts de strekking om degene te treffen tegen wie het positieve of negatieve bevel (waarvan de nakoming door de dwang-

<sup>531</sup> Vgl. o.a. Van Nispen, blz. 179 noot 217; niet voor niets werden in wetsontwerp 338 (zitting 1931-1932, leidend tot de wet van 29 december 1932, Stb. 676) beslag op roerende goederen in door derden in gebruik gegeven ruimten, lijfswang en dwangsom geregeld. Vgl. J.H. Blaauw en M.E.Th. de Bruijn-Luikinga, Adv.bl. 1986, blz. 198 lk. Zie ook Pres. rb. Middelburg 10 maart 1986, KG 1986, 186 (reële executie-dwangsom) en Pres. rb. Amsterdam 12 juni 1986, KG 1986, 286 (straatverbod pleger zedendelict met daaraan verbonden dwangmiddelen van politiehulp (=reële executie) en dwangsom). Uit de par. 8.8.2 en 8.8.3 blijkt dat de rechter een discretionaire bevoegdheid bezit aangaande het al dan niet opleggen van lijfswang resp. dwangsom. Zoals uit de Inleiding en de daar genoemde paragrafen blijkt, geldt hetzelfde voor de reële executie.

<sup>532</sup> Vgl. Rb. Rotterdam 15 juli 1985, NJ 1986, 564: negeren van gezagsvoorziening door ouder: dwangsom of lijfswang als dwangmiddel bij de tenuitvoerlegging.

<sup>533</sup> Ook bestaat de mogelijkheid dat een dwangsom wordt verbonden aan een veroordeling welke mede een verplichting tot betaling van een geldsom inhoudt (en dus via beslag is te effectueren), mits deze verbonden is aan een veroordeling tot een andere prestatie en de betaling van de geldsom geen overwegend deel van de veroordeling uitmaakt (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 november 1969, NJ 1970, 206). De dwangsom zal dan alleen betrekking hebben op die andere prestatie: het verrichten of nalaten van een bepaalde handeling, het leveren van een bepaalde zaak, etc. Vgl. HR 9 januari 1942, NJ 1942, 305; Rb. Haarlem 8 mei 1945, NJ 1947, 43; Hof 's-Gravenhage 7 oktober 1946, NJ 1947, 113; HR 25 april 1947, NJ 1947, 270; Rb. Zwolle 11 februari 1948, NJ 1948, 749; HR 9 september 1949, NJ 1950, 595; Hof Leeuwarden 6 september 1950, NJ 1950, 746; HR 19 december 1952, NJ 1953, 642; Hof Arnhem 28 juni 1955, NJ 1956, 79; HR 3 januari 1964, NJ 1964, 445; Hof Amsterdam 5 november 1970, NJ 1971, 90; HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213. Vgl. Van Opstall, jaarboek, blz. 134. Pres.rb. Middelburg 10 maart 1986, KG 1986, 186 achtte het opleggen van een dwangsom mogelijk in geval van een veroordeling tot betaling van loon.

som en de lijfswang beoogd wordt af te dwingen) is gericht. Ook het beslag beoogt uiteindelijk degene te treffen die de prestatie behoort te leveren.

Dat lijfswang en dwangsom kunnen cumuleren is reeds lang een uitgemakte zaak.<sup>534</sup> Uiteraard moet in zo'n geval aan de voorwaarden van art. 585 e.v. Rv. en die van art. 611a e.v. Rv. voldaan zijn. Sterker nog, in de wetsgeschiedenis van de wet van 29 december 1932, Stb. 676 kunnen we in de Memorie van Toelichting<sup>535</sup> de opmerking vinden: "Er zij gelegenheid eene dwangsom op te leggen in daartoe geëigende gevallen: lijfswang kan dan allicht achterwege blijven". Hieruit blijkt dat men door de dwangsom in te voeren hoopte te bereiken dat waar de schuldeiser eerst lijfswang gebruikte, hij niet langer dit op de persoon van de schuldenaar drukkende middel zou kiezen, maar de voorkeur zou geven aan de dwangsom om hetzelfde resultaat te bereiken. Niet blijkt dat men de lijfswang heeft willen uitsluiten in de gevallen dat een dwangsom uitgesproken werd of als de dwangsom naderhand ineffectief bleek te zijn. Het is echter niet zo dat overal waar lijfswang opgelegd kan worden, ook een dwangsom kan worden opgelegd of omgekeerd, steeds moet voldaan zijn aan de vereisten die bij het betreffende executiemiddel gesteld worden.

Dat bij ontruiming een dwangsom uitgesproken kan worden, ook al kan de veroordeling reeel geëxecuteerd worden, vindt bevestiging in de rechtspraak.<sup>536</sup> Voor andere gevallen van reele executie zal hetzelfde aangenomen mogen worden.

<sup>534</sup> Hof 's-Gravenhage 5 december 1938, NJ 1939, 179; Hof 's-Gravenhage 9 november 1939, NJ 1940, 171; Rb. Zwolle 11 februari 1948, NJ 1948, 749; Hof Leeuwarden 6 september 1950, NJ 1950, 746; Pres.rb. Roermond 26 september 1957, NJ 1958, 198; Pres.rb. 's-Hertogenbosch 29 juni 1960, NJ 1961, 137; HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213; Pres.rb. Leeuwarden 20 november 1980, KG 1981, 129; Pres.rb. Leeuwarden 27 augustus 1981, KG 1981, 130; Jansen, blz. 33 noot 136; Onrechtmatige Daad, nr. II-238 sub 2; Van Opstall, jaarboek, blz. 131; Rechtsvordering, boek II, titel 5, afdeling 3, aant. 3; Van Rossem-Cleveringa, art. 596 aant. 5 noot 1; W. de Rijke, Gijzeling en dwangsom bij ongeoorloofde handelingen, NJB 1959, blz. 674-675; Star Busmann-Rutten, no. 418; Stein, blz. 254.

<sup>535</sup> Zitting 1931-1932, no. 338, nr. 3, blz. 3 bovenaan. Zie ook H. Drion, RM Themis 1962, blz. 239 (=Geschriften blz. 126).

<sup>536</sup> Hof 's-Gravenhage 31 oktober 1938, NJ 1939, 201; Ktg. Leiden 23 januari 1946, NJ 1946, 708; Pres.rb. Arnhem 23 juli 1947, NJ 1947, 549; Pres.rb. 's-Hertogenbosch 20 oktober 1950, NJ 1951, 581; Rb. Middelburg 13 juni 1951, NJ 1953, 31; Ktg. Sommeldijk 20 februari 1951, NJ 1953, 300; Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 1976, NJ 1977, 178; Hof Amsterdam 8 december 1976 vernietigende Pres. rb. Amsterdam 24 juni 1976 (te kennen uit HR 16 december 1977, NJ 1978, 561, Hiep-Amrobank); anders: Rb. Arnhem 17 februari 1938, NJ 1938, 841; Ktg. 's-Gravenhage 31 maart 1951, NJ 1952, 135; Ktg. Meppel 14 mei 1970, PRG 811; Pres. rb. Assen 25 september 1986, Kg 1986, 470; Jansen, blz. 329; Onrechtmatige Daad, II-238; Rechtsvordering, art. 611a, aant. 1.

Nu kan men zeggen dat als het recht al middelen verschaft om de nakoming van een verbintenis te verzekeren en de schuldeiser te geven wat hem toekomt via bijv. de artt. 1276 en 1277 BW, de dreiging met een dwangsom niet meer noodzakelijk is om de uitvoering te verkrijgen nu deze uitvoering zonder de medewerking van de schuldenaar kan geschieden. Daar kan aan worden toegevoegd dat de hoofdveroordeling tot betaling van een geldsom niet vatbaar is verklaard voor de sanctionering door middel van een dwangsom. De dwangsom wordt dan gezien als redmiddel voor de gevallen wanneer reële executie of beslag de schuldenaar niet aanzet tot prestatie, wat in het geval van een geldsom juist wel zo is, zodat juist in dit geval de dwangsom uitgesloten is.

Het volgende is hier tegen in te brengen. Het gaat in art. 611a lid 1 tweede volzin Rv. om een duidelijk geformuleerde uitzondering op de algemene regel (in de eerste volzin) die de rechter steeds de mogelijkheid biedt een dwangsom op te leggen. Een redenering naar analogie die een uitbreiding van de uitzonderingen buiten het geval van de veroordeling tot betaling van een geldsom inhoudt is dan ook niet mogelijk. Het tegendeel geschiedt: de uitzondering wordt zo strikt mogelijk opgevat als uitsluitend betrekking hebbende op de betaling van een geldsom aan de wederpartij en wordt niet toepasselijk geacht als het gaat om een veroordeling tot betaling van een geldsom aan een ander dan degene die veroordeling van zijn wederpartij tot die betaling vordert of als het gaat om de verplichting tot betaling van een geldsom die verbonden is aan een veroordeling tot een andere prestatie, waarbij de betaling van de geldsom geen overwegend deel van de veroordeling uitmaakt.<sup>537</sup>

Belangrijker lijkt me of de schuldeiser belang heeft bij de veroordeling van de schuldenaar onder verbeurte van een dwangsom (en/of lijfswang) naast of in de plaats van de machtiging van de rechter de verbintenis zonder medewerking van de schuldenaar op diens kosten uit te voeren. Immers zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe (vgl. art. 3:118 NBW). Dat belang lijkt me inderdaad aanwezig als de mogelijke middelen van reële executie die de schuldeiser ter beschikking staan minder of helemaal niet efficiënt zijn. Evenzo als de schuldeiser er een duidelijk belang bij heeft om over verschillende dwang- of executiemiddelen te kunnen beschikken, zelfs als hij deze niet gelijktijdig maar slechts als aanvullende remedie kan gebruiken. Ook zal de nakoming van de hoofdverplichting door de veroordeelde zelf die door een dwangsom bewerkstelligd wordt, veelal sneller tot het met de uitvoering beoogde resultaat leiden dan reële executie waarbij de hulp van de deurwaarder ingeroepen moet worden,

<sup>537</sup> Beneluxgerechtshof 9 juli 1981, NJ 1982, 190 resp. HR 25 april 1947, NJ 1947, 270 en Hof 's-Hertogenbosch 18 november 1969, NJ 1970, 206. De Middelburgse rechtbankpresident sprak op 10 maart 1986, KG 1986, 186 uit dat een dwangsom opgelegd kan worden ingeval van een veroordeling tot betaling van loon: het samenstel van de wettelijke bepalingen verzet zich er niet tegen de beperking van art. 611a lid 1, slotzin Rv. niet van toepassing te achten in kort geding; er moet van uitgegaan worden dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat bedoeld is deze uitzonderingsbepaling ook in kort geding te doen gelden. Zie ook de Franse rechtsliteratuur: Colin/Capitant/Julliot de Morandiere II, no. 941; Mazeaud/Tunc II, no. 2507; Planiol/Ripert VII, no. 789.

bijvoorbeeld als een bepaalde zaak afgegeven moet worden en deze onvindbaar is gemaakt voor de deurwaarder.<sup>538</sup> Aangezien de dwangsom bedoeld is preventief te werken en de stipte nakoming van een verplichting te verzekeren, behoudt de dwangsom haar waarde wanneer reële executie mogelijk is. Tot slot zou men nog als argument kunnen aanvoeren dat, door de schuldenaar voor de laatste keer tot nakoming aan te zetten door de verschaffing van een extra executoriale titel die tot directe geldelijke gevolgen kan leiden, de schuldenaar in zijn have en goed en persoonlijke vrijheid wordt gespaard.

Het belang om de oplegging van een dwangsom te vorderen lijkt me ook niet aanwezig als het gaat om het verrichten van prestaties waartoe wel een rechtsplicht bestaat, maar waarvan het verrichten voor de veroordeelde zeer bezwaarlijk of gevaarlijk is geworden, terwijl de schuldeiser het resultaat veel eenvoudiger kan verkrijgen door middel van reële executie. De vordering tot oplegging van een dwangsom zou dan als misbruik van recht kunnen worden bestempeld.<sup>539</sup> Een voorbeeld hiervan biedt HR 2 november 1917, NJ 1917, 1136.<sup>540</sup> Het ging hier om een in Nederland wonende Brit die aan een Duitser zich in Nederland bevindende roerende goederen verkocht, welke goederen nog niet geleverd waren toen de Eerste Wereldoorlog uitbrak. Op grond van de Britse Trading with the Enemy-act van 9 september 1914 was het Britten verboden goederen aan de vijand te leveren, terwijl overtreding streng bestraft werd. De Duitser vorderde vervolgens de levering en stelde, toen aan de leveringsverplichting niet werd voldaan, een procedure voor de Nederlandse rechter in. De Hoge Raad meende dat hier Nederlands recht toegepast moest worden (overeenkomst in Nederland gesloten, goederen bevinden zich in Nederland). Het beroep op overmacht gegrond op de Britse Trading with the Enemy-act werd verworpen. In dit geval zal een veroordeling tot betaling van het schuldig gebleven bedrag van Reichsmark 5409.50 of het daarmee gelijkstaande bedrag in Nederlands geld onder verbeurte van een dwangsom weinig effectief geweest zijn. Een veroordeling tot levering van de partij leges vaten door de Brit aan de Duitser zou deze laatste echter in staat stellen tot reële executie aangezien hij de vaten dan bij de Brit zou kunnen laten weghalen door een deurwaarder. Omdat de Duitser ook zonder de medewerking van de Brit kan krijgen waar hij recht op heeft, lijkt me geen belang te bestaan bij de oplegging van een eventuele dwangsom. Zou dit wel zo zijn en zou een hoog oplopende dwang-

<sup>538</sup> Hof Arnhem 28 juni 1955, NJ 1956, 79: vordering tot afgifte van vermogensbestanddelen afkomstig uit een nalatenschap met bepaling van een dwangsom.

<sup>539</sup> Vgl. Ballon, no. 80, 124 e.v., 139; Van Opstall, WPNR 4273, blz. 564 en WPNR 4275, blz. 582; Hof Amsterdam 4 augustus 1955, NJ 1956, 215. Zie ook HR 1 november 1985, NJ 1986, 92, waar in het cassatieberoep wordt gesteld dat een wanverhouding tussen de verschuldigde dwangsommen en de waarde der betrokken goederen er onder omstandigheden toe kan leiden, dat de dwangsommen moeten worden gematigd of zelfs opgeheven. Dat zal onder andere het geval zijn wanneer de schuldeiser de mogelijkheid heeft zich de goederen door middel van reële executie te verschaffen. In hoeverre de Hoge Raad hierin meegaat is nog onduidelijk, omdat aan het Beneluxgerechtshof hierover twee (algemener geformuleerde) vragen zijn voorgelegd. Ik kan me in het cassatiemiddel vinden.

<sup>540</sup> Vgl. ook HR 26 mei 1939, NJ 1939, 896.

som opgelegd worden, dan zou de Brit (aannemende dat hij zich niet op overmacht kon beroepen; zie voor dat geval ook art. 6.1.8.4a NBW) geplaagd worden voor het dilemma van de straf van de Britse rechter of de betaling van de dwangsom.

Een laatste argument dat reële executie en dwangsom naast elkaar kunnen voorkomen is te ontleen aan de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom (kamerstuk 13.788, nr. 4, uitmondende in de wet van 23 maart 1977, Stb. 183), blz. 10: "In de rechtspraak is immers aanvaard dat de schuldeiser altijd het recht heeft om nakoming 'in natura' te eisen, en dit zonder onderscheid tussen verbintenissen om te geven en verbintenissen om te doen of niet te doen. Niettemin moet de schuldeiser in veel gevallen genoegen nemen met een vervangende prestatie. Dit is het geval wanneer de primaire prestatie feitelijk onmogelijk is; voorts, wanneer de toegezegde handeling een persoonlijke daad van de schuldenaar is, die haar waarde ontleent aan de persoon die haar moet verrichten en eveneens, wanneer reële executie, ofschoon niet ondenkbaar, feitelijke machtsmiddelen zou vereisen, die aanstoot zouden geven. Vandaar dat voor alle gevallen waarin de hoofdveroordeling niet strekt tot betaling van een geldsom, een afdwingen van de primair verschuldigde prestatie, niet door directe dwang met behulp van de sterke arm, doch door een indirecte methode, namelijk die van de dwangsom, overweging verdient."

## 8.9 MIDDELEN TOT BEWARING VAN RECHT (ARTT. 721-770K RV.)

### 8.9.1 Algemeen

In boek III, titel 4<sup>541</sup> vinden we de voor de schuldeiser nodige beschermingsmaatregelen tegen een verduisterende schuldenaar. Algemeen geformuleerd is de gedachte achter deze titel dat de schuldeiser behoefte heeft aan een zo groot mogelijke dekking van zijn aanspraken op de schuldenaar en de redelijke garantie dat deze dekking niet door toedoen van de schuldenaar wordt verminderd (vgl. art. 727 Rv.).

Voordat de schuldeiser zijn recht verwezenlijkt heeft door de gepaste executoriale maatregelen te nemen (in de regel zal dit in beslag nemen zijn gevolgd door openbare verkoop), heeft de schuldenaar meer dan genoeg tijd om over te gaan tot verduistering door goederen onder te brengen bij vrienden en bekenden. Dit beslag voorkomt dat goederen aan het verhaal onttrokken zouden kunnen worden.

In de regel zal het conservatoire beslag door vanwaardeverklaring leiden tot een executoriaal beslag, maar zoals vrijwel steeds bestaat er op de hoofdregel een uitzondering en wel in het revindicatoir en het maritaal beslag. In de conservatoire fase is de beslagene in zijn beschikingsbevoegdheid over de goederen geblokkeerd, zodat verduistering bemoeilijkt wordt en rechtshandelingen met betrekking tot het goed

<sup>541</sup> Coops, blz. 277 e.v.; Hugenholtz-Heemskerk, no. 319 e.v.; Jansen, blz. 355 e.v.; Star Busmann-Rutten, no. 483 e.v.; Stein, blz. 259 en 315 e.v.

niet tegen de beslagleggende schuldeiser werken. Uiteraard bestaan er waarborgen tegen ten onrechte gelegde conservatoire beslagen. Zo moet binnen acht dagen de vanwaardeverklaring gevorderd worden, kan steeds een vordering tot opheffing van het conservatoire beslag gelegd worden en moet voordat het conservatoire beslag gelegd kan worden aan de president worden duidelijk gemaakt dat er voldoende grond is, bijv. vrees voor verduistering. (o.a. artt. 727 lid 1, 729 lid 1, 731, 732, 735 lid 3, 738 Rv.).

### 8.9.2 Conservatoir beslag ter verzekering levering onroerend goed

Rechtsvordering boek III, titel 4, afdeling 2, aant. 2 en art. 770a aant. 1 verdedigt de stelling dat conservatoire beslagen (de revindicatoire en de maritale even buiten beschouwing gelaten) tot inleiding op de verhaalsexecutie dienen en niet als inleiding op de reele executie dienst kunnen doen. Zij kunnen alleen gelegd worden tot nakoming van obligatoire verplichtingen en niet tot nakoming van zakelijke aanspraken. Met andere woorden, conservatoire beslagen kunnen niet gelegd worden ter verzekering van de nakoming van een overeenkomst tot verkoop van het beslagen goed of tot bewaring, afgifte en/of tot levering van een verkochte maar nog niet geleverde zaak. Dit zou ook de opzet van de wetgever zijn, wat tot uiting zou komen in de (nog niet ingevoerde) wet van 7 mei 1986, Stb. 295 waar in de artt. 711 e.v. NRv. het conservatoire beslag tot verhaal en in de artt. 730 e.v. NRv. het conservatoir beslag tot afgifte van zaken en levering van goederen geregeld wordt. Niet iedereen is het met deze opvatting eens.<sup>542</sup> Star Busmann-Rutten, no. 486 noemt op blz. 515 slechts het

<sup>542</sup> F.B. Bakels, Het revindicatoir beslag bij voorbaat en het conservatoir beslag tot levering, Adv.bl. 1983, blz. 542-555, is overtuigd voorstander van de mogelijkheid dat conservatoir beslag kan dienen als inleiding op de reele executie. O.K. Brahn, Levering, beschikkingsbevoegdheid, monografieën Nieuw BW B 6b, Deventer 1986, meent op blz. 10 "ons oude recht kent noch een conservatoir beslag op onroerende zaken wegens niet levering ...". Dat Coops blz. 280 noot 7 de bovengenoemde zienswijze onderschrijft zoals Rechtsvordering in noot 5 op blz. 11-134 stelt kan ik niet inzien. Op blz. 295 wordt geen standpunt ingenomen, al lijkt er sympathie met Jansen te bestaan (zie ook de rechtspraak hieronder waaraan Schlingemann heeft meegewerkt). J. Elders, De rechtsbescherming van de koper van onroerend goed naar komend recht, WPNR 5683 (1984), stelt op blz. 75 rk: "Volgens de heersende opvatting kan naar geldend recht geen conservatoir beslag op onroerend goed worden gelegd om daarmee de levering van dit goed te verzekeren". Uiteraard onderschrijft Jansen in zijn Executie- en beslagrecht zijn eigen mening, vgl. blz. 415 e.v. Zie ook Rechtsvordering art. 721 aant. 1, art. 770a aant. 1. Mijnssen, blz. 5, 25-29: niet mogelijk op vorderingsrechten, onroerende zaken en beperkte rechten daarop. Oudelaar, par. 54: de persoonlijk gerechtigde tot levering moet genoeg nemen met schadevergoeding. Van Rossem-Cleveringa, art. 727 aant. 3 noot 5 en aant. 770a aant. 2 noot 3 acht conservatoir beslag wel mogelijk als inleiding tot de reele executie. Stein, blz. 336 onderschrijft het standpunt van Rechtsvordering en zegt dat een conservatoir beslag op onroerend goed niet

probleem maar begint met de rechtspraak die dit wel mogelijk acht. Hugenholtz-Heemskerk, no. 330 acht het conservatoire beslag ter verzekering van de leveringsverplichting van onroerend goed wel mogelijk. Zeer duidelijk als voorstander spreekt Heemskerk zich uit in zijn noot onder Pres. rb Middelburg 18 augustus 1978, NJ 1979, 591. Van Rossem-Cleveringa, art. 770a aant. 2 noot 2 met een verwijzing naar art. 727 aant. 3 noot 5 zegt: het beslag kan derhalve worden gelegd ter inleiding van de reële executie ener leveringsverplichting. De rechtspraak is verdeeld.<sup>543</sup>

Mijn antwoord op de vraag of een koper conservatoir beslag mag leggen op het gekochte goed om aldus te verzekeren dat het niet aan een ander geleverd wordt, is volmondig: ja dit mag. De koper kan er groot belang bij hebben dat het gekochte goed hem geleverd wordt. Schadevergoeding is veelal slechts tweede keus. Indien in dergelijke gevallen conservatoire beslaglegging niet mogelijk zou zijn, zou dit als een leemte in de wet beschouwd moeten worden. Het Nederlands procesrecht is niet geschapen om het geldend maken van het recht van de rechthebbende te bemoeilijken, maar het tegendeel is het geval.<sup>544</sup>

De kwestie spitst zich vaak toe op de artt. 770a e.v. Rv. Deze bepalingen zijn opgenomen in 1896 op initiatief van Hartogh.<sup>545</sup> Hartogh motiveerde zijn voorstel aldus (I, 42): "Onze wetgeving geeft den schuldeischer geen middel om, hangende eene procedure, zijn schuldenaar het vervreemden of bezwaren zijner onroerende goederen onmogelijk te maken. Ten onrechte.

---

kan worden gelegd ter verzekering van de vordering tot levering van dat goed. Zie ook Stein, WPNR 5652 (1983) en NJB 1981, blz. 421 e.v., speciaal blz. 428 noot 47. Ook Veegens in zijn noot onder HR 23 december 1966, NJ 1968, 37 is tegen. Van der Werf, blz. 116-117 laat duidelijk uitkomen dat de huidige wetgeving voor deze problematiek geen afdoende mogelijkheden biedt. Vgl. ook T.J. Dorhout Mees, Nederlands handels- en faillissementsrecht, IV vervoer, zevende druk bewerkt door A.C. van Empel, Arnhem 1980, no. 9.38 en 9.39.

<sup>543</sup> Wel mogelijk: Pres.rb. 's-Gravenhage 30 maart 1931, NJ 1931, 987; Rb. Assen 4 november 1947, NJ 1950, 33; Rb. Alkmaar 12 januari 1950, NJ 1950, 251; Pres.rb. Groningen 4 december 1963, NJ 1964, 252; Rb. 's-Hertogenbosch 3 juni 1966, NJ 1967, 384 (o.a. J.C.M. Leijten); Pres. rb. Middelburg 18 augustus 1978, NJ 1979, 591; Pres. rb. Zwolle 28 juni 1982 (ongepubliceerd); Ook HR 21 november 1952, NJ 1953, 468 en HR 11 december 1959, NJ 1960, 230 (Eelman-Hin) gingen hiervan uit in hun beschouwingen. Niet mogelijk: Pres.rb. 's-Gravenhage 15 december 1919, NJ 1920, 270; Hof Amsterdam 25 oktober 1950, NJ 1954, 761; Rb. Alkmaar 4 maart 1954, NJ 1954, 708; Hof Amsterdam 10 december 1954, NJ 1955, 444 (o.a. Van Opstall); Rb. Rotterdam 19 oktober 1955, NJ 1957, 270; Pres.rb. Amsterdam 27 november 1959, NJ 1960, 110; Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 1960, NJ 1961, 119 (o.a. Rutten en Schlingemann); Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 1966, NJ 1967, 219 (o.a. Rutten en Schlingemann); Pres. rb. 's-Hertogenbosch 22 mei 1975, NJ 1975, 217 en Pres. rb. Roermond 26 juni 1986, KG 1986, 324.

<sup>544</sup> Rb. Assen 4 november 1947, NJ 1950, 33; Pres.rb. Middelburg 18 augustus 1978, NJ 1979, 591; Rb. Middelburg 30 november 1983, NJ 1984, 595.

<sup>545</sup> Hartogh, I: 17-18, 42-43, 126-128, 162-164, II: 136-137, 170-171, III: 20, 78-80, 106, 133, 236; Hartogh en Cosman, blz. 225 e.v.



Waar immers zoowel het roerend als het onroerend vermogen van den schuldenaar den schuldeischers wordt aangewezen als voorwerp tot verhaal hunner rechten, is er geen gegronde reden denkbaar, waarom de conservatoire maatregelen slechts tot het roerend vermogen beperkt zouden moeten worden. Het onroerend vermogen levert bovendien in vele gevallen den grootsten waarborg op, terwijl aan den anderen kant vervreemding of bezwaring ten nadeele van crediteuren minder gemakkelijk waarneembaar is. De bepaling van art. 1377 Burgerlijk Wetboek helpt in de meeste gevallen niet en dwingt in alle gevallen tot eene omslachtige procedure.

Daarom komt het ondergeteekende wenschelijk voor, in een aan boek III, titel IV, toe te voegen nieuwe -zesde- afdeling, het conservatoir beslag op onroerend goed te regelen.

Ook het wetsontwerp 1865 had het rechtsinstituut opgenomen (II, Memorie van Toelichting, bladz. 91 en volg.) De thans voorgestelde artikelen 770 a-g komen grotendeels overeen met de toen ontworpen artikelen 22-26 (II, bladz. 8-9)."

Het voorstel had de instemming van de overige kamerleden. Er wordt tenminste (II, 127) gezegd:

"Den voorsteller is het hoogst aangenaam te zien, dat geen der leden bestreden heeft, dat in onze wetgeving een te betreuren leemte bestaat, nu de conservatoire maatregelen, die schuldeischers mogen nemen, tot het roerend vermogen van hunnen debiteur beperkt zijn."

Zeker is ook dat, dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis van deze bepalingen, dat geen der afgevaardigden aan iets anders gedacht heeft dan aan geldvorderingen. Nu hoeft daar niet direkt uit te volgen dat alleen maar voor geldvorderingen deze mogelijkheid geopend werd en niet voor andere vorderingen. We kunnen het erover eens zijn dat een wetshistorische interpretatie niet de enige mogelijkheid is. Er zijn andere interpretatiemethoden, zoals de teleologische.

In dit geval moeten we naar mijn mening nagaan wat de bedoeling van het voorstel van Hartogh was. Als we ons realiseren dat schadevergoeding in natura pas ongeveer twintig jaar geleden door de Hoge Raad aanvaard is,<sup>546</sup> hoeven wij de geachte afgevaardigden uit het einde van de negentiende eeuw geen verwijt te maken dat zij zeventig jaar eerder zich niet gerealiseerd hebben dat er andere vorderingen dan geldvorderingen bij de toepassing van deze titel zouden kunnen spelen.

Als we in art. 727 Rv. het woord "schuldvordering" (en hetzelfde geldt voor art. 441 Rv.: een bepaalde schuld of vordering) tegenkomen heeft dit woord niet de beperkte betekenis van "geldvordering", maar omvat het alle persoonlijke vorderingen en dus ook die tot de levering van onroerend goed. Aangezien er een afzonderlijk beslag voor zakelijke vorderingen bestaat, het revindicatoir beslag, zullen deze hier niet onder vallen. Kortom, wel obligatoire, geen zakelijke vorderingen.<sup>547</sup>

Zoals hierboven bleek is een meerderheid van schrijvers en rechtspraak tegen de door mij verdedigde mogelijkheid. Het belangrijkste bezwaar dat genoemd wordt is dat de afwikkeling van het beslag na de vanwaardeverklaring voor dergelijke gevallen niet in de wet geregeld

<sup>546</sup> HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (tante Bertha); HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos-van den Bosch = tante Neeltje); HR 18 juni 1971, NJ 1971, 408 (Bruurs-Hagen).

<sup>547</sup> Rechtsvordering art. 727, aant. 3, onderschrijft dit.

is. De regeling uit het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet alleen in een executoriale verkoop en uitwinning van het onroerend goed (vgl. art. 770d Rv.). Zoals hierboven al bleek kent het tweede boek echter in de tweede titel, vierde afdeling, de artt. 490a-490d, voor huurkoopzaken de mogelijkheid van reële executie van bevelen tot afgifte/teruggave van roerende zaken. Zoals ook hierboven bleek is die leemte in de wet zodanig opgevuld door reële executie altijd toe te laten bij veroordelingen tot afgifte, ongeacht of deze op een zakelijke dan wel een persoonlijke vordering berusten. Zoals hieronder zal blijken heeft de wetgever in art. 721 Rv. een andere conservatoire maatregel, het revindicatoir beslag ook toegestaan aan degene die recht heeft op de levering van een teboekgesteld schip. Eerder al was de reële executie van de veroordeling tot levering van een teboekgesteld schip door overschrijving in het scheepsregister mogelijk gemaakt op grond van de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K. De wetgever was kennelijk tot de conclusie gekomen dat er een leemte in de wet aanwezig was die opgevuld moest worden en dat het gewone conservatoire beslag hier niet voldeed.

Ook zou men mij tegen kunnen werpen dat de reële executie van de veroordeling tot levering van een onroerend goed door overschrijving van het vonnis in de openbare registers onmogelijk is. De Hoge Raad heeft bij vonnis van 23 juni 1899 W 7302 deze mogelijkheid verworpen en ook de wetgever heeft (nog) niet ingegrepen.

Zoals hiervoor in paragraaf 4.2.2 al bleek bij de behandeling van de overdracht van onroerend goed zijn er diverse wetsontwerpen geweest die deze materie regelden, maar heeft geen van deze voorstellen het verder gebracht dan de archiefruimten van het ministerie van justitie. Heemskerk verzucht dan ook in zijn noot bij Pres. rb. Middelburg 18 augustus 1978, NJ 1979, 591: "Wetsontwerpen van 1870, 1898, 1916 en 1920, die dit punt regelden, zijn blijven liggen."

Toch meen ik uit dit alles te mogen concluderen dat het streven van schrijvers en rechtspraak gericht is op een algemene werking van reële executie. Ook de wetgever laat hiervan soms blijken, vgl. de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K, en 721 Rv. Ik onderschrijf dan ook geheel de opvatting van Heemskerk als deze in zijn noot stelt: "Hoewel het sluitstuk van de reële executie ten aanzien van onroerend goed ontbreekt en de mogelijkheid van conservatoir beslag kennelijk alleen gegeven is in verband met geldvorderingen, leert de praktijk dat dit beslag ook heel effectief kan zijn in verband met vorderingen tot levering, in het bijzonder in gevallen van dubbele verkoop van onroerend goed. De eerste koper heeft behoefte aan een middel om levering aan een derde te voorkomen. Conservatoir beslag is daartoe een geschikt middel en de wet heeft het gebruik daarvan voor dit doel niet verboden. De afwikkeling hoeft geen problemen te geven: men kan aannemen dat dit beslag door vanwaardeverklaring niet overgaat in de executoriale fase, maar als conservatoir beslag blijft liggen tot de levering aan de beslaglegger is geschied. Door afwijzing van de vordering tot vanwaardeverklaring vervalt het beslag."

De uitspraak van de Middelburgse president acht ik juist. De opheffing van het beslag zou ingrijpende en onherstelbare gevolgen gehad hebben. De executie van een eventueel veroordelend vonnis in de hoofdzaak zou gefrustreerd zijn. De handhaving van het beslag was minder ingrijpend en niet onherstelbaar en derhalve zeer geschikt als ordemaatregel. Trouwens, door te beslissen dat in kort geding een veroordeling uitgesproken kon worden om mee te werken aan het trans-

porteren van onroerend goed, is de Hoge Raad (2 december 1966, NJ 1967, 353) m.i. veel verder gegaan.

Dat ik de hierboven geschetste lijn wil doortrekken en wil pleiten voor de mogelijkheid van revindicatoir beslag op onroerend goed, zal geen verwondering wekken. Daarmee zou voorkomen worden dat onnatuurlijke wegen bewandeld moeten worden. Zo moest de faillissementscurator in HR 27 april 1984, NJ 1984, 680 vorderen dat de betreffende overdracht paulianeus was, dat een verklaring afgelegd zou worden bij notariële akte dat de overdracht zonder rechtsgevolg is (om dit vervolgens te kunnen inschrijven in de registers) en dat de woning weer ten name van de failliet gesteld zou worden,<sup>548</sup> om te bereiken dat bij doorverkoop de verkrijger niet te goeder trouw zal zijn. Gelukkig biedt art. 3.1.2.2 lid 1 onder f NBW voor het toekomstig recht een praktischere oplossing door de "instelling van rechtsvorderingen en indiening van verzoekschriften ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak die de rechtstoestand van een registergoed betreft" als een in de registers inschrijfbaar feit te noemen.

Nu ik het betoog van Heemskerk onderschrijf, zal duidelijk zijn dat ik het door Sterk<sup>549</sup> opgemerkte in de Van Opstallbundel onder de titel "Middelen tot bewaring van een recht op afgifte" en speciaal het gestelde op blz. 233-235, revindicatoir beslag is voor onroerend goed niet toegelaten; uitleg van art. 721 Rv. tot persoonlijke vorderingen tot afgifte van roerend goed komt niet aan de orde, niet kan beamen. Weliswaar brengt hij op blz. 228 ook de executie van geldvorderingen onder het begrip reële executie, maar ook als men dit niet doet (zoals ik) blijft het door hem gestelde gelden.

### 8.9.3 Revindicatoir beslag (de artt. 721-726 Rv.)

In art. 721 Rv., het eerste artikel uit de eerste afdeling van boek III, titel 4, van het beslag tot revindicatie van roerende goederen, wordt aangegeven dat ieder die het recht van revindicatie of reclame van roerend goed dan wel een recht tot levering van een teboekgesteld schip heeft, dat goed in beslag kan nemen.<sup>550</sup> Dit is een belangrijke bevoegdheid, want de gelduitlener/hypotheekhouder kan het vertrek van het schip niet beletten. Door beslag kan dit wel voorkomen worden.

De vordering kan worden ingesteld tegen iedereen die de op te vorderen zaak feitelijk onder zich heeft c.q. degenen die de zaak bezitten of houden door middel van een ander. Blijkens art. 726 lid 2 kan het beslag gelegd worden onder en de vordering tot vanwaardeverklaring gericht worden tot hetzij de eigenaar hetzij de bezitter of houder.<sup>551</sup>

<sup>548</sup> Vgl. HR 28 mei 1982, NJ 1983, 310.

<sup>549</sup> T.A.W. Sterk, *Middelen tot bewaring van een recht op afgifte*, in: *Van Opstallbundel*, Deventer 1973, blz. 227-237.

<sup>550</sup> Coops, blz. 296; Hugenholtz-Heemskerk, no 319; Jansen, blz. 361 e.v.; Mijnssen, no. 12, 23 en 31; Oudelaar par. 54, 55a en 132; Star Busmann-Rutten, no. 416, 484 e.v.; Stein, blz. 315 e.v.; Sterk, blz. 228 e.v.

<sup>551</sup> Vgl. Coops, blz. 297-298; Rb. Amsterdam 11 juni 1923, NJ 1924, 16; HR 2 januari 1948, NJ 1948, 113; Hof 's-Gravenhage 14 januari 1965, NJ 1966, 222; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 1976, NJ 1981,

Bevindt de zaak zich onder een bewaarder, dan zal de executie geschieden doordat de bewaarder de zaak aan de deurwaarder ter hand stelt. Bevindt de zaak zich niet onder een bewaarder, dan zal op grond van art. 725 lid 1 Rv. de deurwaarder na betekening van de grosse van het vonnis tot vanwaardeverklaring en de grosse van het vonnis ten principale (of als deze in een vonnis verenigd zijn, deze ene grosse) met inachtneming van de artt. 444-444b Rv. met politiehulp de zaak uit de woning, safe, etc. van de beslagene of derde weghalen en onder zijn berusting nemen.

Aangezien het vonnis tot vanwaardeverklaring c.q. tot afgifte reeel executabel is, bestaat er geen behoefte aan een executoriale vorm van het revindicoir beslag. De wetgever heeft zo'n executoriale vorm dan ook niet opgenomen.

Dat ook teboekgestelde schepen vatbaar zijn voor revindicoir beslag is opmerkelijk, omdat teboekgestelde schepen als onroerende zaken behandeld worden. Deze afdeling heeft in beginsel slechts betrekking op roerende zaken.

Bij de wet van 24 juni 1939, Stb. 201, in werking getreden op 1 november 1952, is echter het revindicoir beslag ook mogelijk gemaakt om de levering van teboekgestelde schepen af te dwingen. Immers de levering geschiedt door de inschrijving van het schip in het scheepsregister, zodat als de koper op grond van de tot levering verplichtende koopovereenkomst revindicoir beslag legt, vervolgens de vanwaardeverklaring van het revindicoir beslag ex art. 726 Rv. verkrijgt en deze uitspraak tot vanwaardeverklaring als titel van eigendomsoverdracht laat inschrijven, de levering als voltrokken geldt (vgl. artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K).

Het doel van het revindicoir beslag: het effectueren van de reele executie en het aanpassen van de feitelijke relatie tussen het goed en de eigenaar aan de zakenrechtelijke band, springt hier duidelijk naar voren. Het revindicoir beslag is immers niet gericht op een executoriale verkoop tot verhaal, maar op de verkrijging van de goederen zelf.<sup>552</sup>

Overigens, deze regeling geldt slechts voor teboekgestelde schepen en men kan niet een redenering naar analogie opbouwen om dit beslag ook voor het afdwingen van de levering van andere onroerende zaken toepasselijk te achten.<sup>553</sup> Het zou echter wel wenselijk zijn als door middel van een wetswijziging ook de levering van andere onroerende zaken geëffectueerd zou kunnen worden.

In art. 725 wordt gezegd dat het beslag in dezelfde vorm zal geschieden als de inbeslagneming van roerende goederen. Het speciale karakter van het revindicoir beslag als uitmondend in reele executie leidt er echter toe dat bepalingen die specifiek betrekking hebben op de executoriale verkoop, niet toepasselijk geacht zullen moeten worden. Voor een opsomming van artikelen die wel en die niet toepasselijk zullen zijn verwijs ik naar de bekende commentaren op deze bepaling.

---

38; anders: Van Rossem-Cleveringa, art. 726, aant. 1; zie ook Rechtsvordering art. 726 aant. 5 en 7 en HR 24 november 1967, NJ 1968, 74 (Van der Peijl-van der Gun).

<sup>552</sup> Vgl. Rechtsvordering art. 721 aant. 1, art. 726 aant. 6 en 7.

<sup>553</sup> Rechtsvordering art. 721 aant. 1; Sterk, blz. 231 e.v.

#### 8.9.4 De artt. 770f en 770g Rv.

Over de artt. 770a e.v. Rv., het conservatoir beslag op onroerend goed, de zesde afdeling van boek III, titel 4, is hiervoor al voldoende gezegd, zodat ik met een verwijzing daarnaar, paragraaf 8.9.2, grotendeels kan volstaan. De artt. 770f en 770g Rv. (doorhaling in de registers) behoeven echter nog wel enige aandacht.<sup>554</sup> Art. 770f gaat over de doorhaling van het beslag in de openbare registers op verzoek van de beslagene. Blijkens art. 770e rust deze verplichting tot doorhaling op de beslaglegger als de termijn voor het instellen van de verordering tot vanwaardeverklaring verstreken is. Art. 770f zorgt er voor dat als de beslaglegger in gebreke blijft, de beslagene niet machteloos staat, nu het artikel een middel tot bevrijding van het perceel verschaft, zonder dat het nodig is de tussenkomst van de rechter in te roepen.<sup>555</sup> In het tweede lid wordt onder 1 het geval genoemd dat de materieelrechtelijke grondslag aan het beslag ontvallen is, doordat de beslaglegger zijn aanspraak op de voortzetting van het beslag laat varen dan wel (lid 2 onder 2) bij rechterlijk vonnis de opheffing van het bevel is bevolen.<sup>556</sup> In dit laatste geval zal het beslag direct doorgehaald kunnen worden als in het geding tot opheffing van het beslag de gedaagde beslaglegger hiervoor toestemming geeft. In andere gevallen zal art. 432 Rv. in acht genomen moeten worden, zij het dat de termijn van acht dagen na de betekening van het vonnis vervangen wordt door die van een maand na de uitspraak. In art. 770g Rv. vinden we speciaal in het tweede lid een vereenvoudiging van het voorschrift van art. 1240 BW zoals dat op grond van art. 770f lid 2 sub 1 Rv. toegepast moet worden. Hier blijkt dat niet het gehele vonnis dat tot doorhaling van het beslag strekt in authentiek afschrift aan de hypotheekbewaarder overgelegd hoeft te worden, maar dat een authentiek uittreksel (dat wil zeggen dat het om een uittreksel moet gaan, opgemaakt en voor uittreksel getekend door de griffier van het college dat het vonnis wees) van het vonnis aan de hypotheekbewaarder ter hand gesteld mag worden.

#### 8.10 HET DOEN VAN REKENING EN VERANTWOORDING (ARTT. 771-793 RV.)

Op grond van de wet, bijvoorbeeld bij lastgeving (art. 1839 BW) en bij voogdij en curatele (artt. 1: 372 e.v. en 386 lid 1 BW), kan er een plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording<sup>557</sup> bestaan door degene die voor en ten behoeve van anderen ontvangsten en uitgaven hebben gedaan, teneinde het door of aan hen verschuldigde sal-

<sup>554</sup> Hugenholtz-Heemskerk, no. 270, 277 en 330; Jansen, blz. 427 e.v.; Mijnssen, blz. 42; Star Busmann-Rutten, no. 415, 424 en 488; Stein, blz. 335.

<sup>555</sup> Hartogh I: 17-18, 43, 129-130, 163-164, II: 137, 170-171, III: 20, 80, 106; Hartogh en Cosman, blz. 238 e.v.

<sup>556</sup> Zie het opgemerkte ten aanzien van de artt. 1239-1241 BW in paragraaf 4.4.1.

<sup>557</sup> Coops, blz. 345 e.v.; Hugenholtz-Heemskerk, no. 225 e.v.; J.C. Maris, Het toepassingsgebied der rekenprocedure, Proefschrift RU Leiden 1928; Star Busmann-Rutten, no. 19, 113, 409 en 418; Stein, blz. 93 en 118.

do te kunnen vaststellen.

In art. 772 leden 3 en 4<sup>558</sup> wordt het doen van rekening en verantwoording afdwingbaar gemaakt: "(3) Indien de rekenplichtige in gebreke blijft om op de bepaalde dag te verschijnen, of rekening te doen, zal hij, indien dit geest is, daartoe worden genooddaakt, door de in beslagneming en de verkoop zijner goederen, tot zodanig bedrag, als bij het vonnis zal worden bepaald; (4) De lijfswang kan ook tegen hem worden uitgesproken, indien de rechter zulks nodig oordeelt". Het gebruik van deze dwangmiddelen is door de wet mogelijk gemaakt, omdat de rechter zelf niet in staat wordt geacht de rekening vast te stellen en af te sluiten, zolang degene die dit moet doen hierin nalatig is; het zou een persoonlijke prestatie betreffen. Het zou aanbeveling verdienen als de wetgever zou bepalen dat de rechter zo nodig wel de rekening kan vaststellen en kan afsluiten. Er zijn namelijk gevallen denkbaar dat de benodigde gegevens beschikbaar zijn, maar dat de betrokkene simpel weigert tot actie over te gaan. In dergelijke gevallen zou de rechter de hulp moeten kunnen inroepen van bijvoorbeeld een accountant, om daarna de rekening zelf vast te stellen en af te sluiten. Voor een uit te keren bedrag kan een bevelschrift ex art. 774 verleend worden, waarna via de beslagen van de artt. 439 e.v. en 491 e.v. Rv. het bedrag verhaald kan worden. Wil de rechter beslag en/of lijfswang tegen de rekenplichtige mogelijk maken door dit in het vonnis te bepalen, dan moet dit uitdrukkelijk gevorderd zijn: de rechter kan deze middelen niet ambtshalve in zijn uitspraak opnemen.

Heeft de rechter het beslag met de verkoop van het derde lid mogelijk gemaakt, dan kan de eiser zonder nadere aanmaning hiertoe overgaan. Veiligheidshalve zal in de regel eerst een rechterlijke uitspraak worden gevraagd waarin wordt geconstateerd dat de rekenplichtige nalatig is. Worden helemaal geen stukken geproduceerd, dan is de nalatigheid niet moeilijk te constateren, maar veelal zullen stukken vertoond worden die naar mening van de eiser onjuiste en/of niet alle gegevens bevatten.

Hoewel dit beslag overeenkomsten vertoont met de dwangsom, zijn er diverse belangrijke verschillen zoals Van Rossem-Cleveringa art. 772 aant. 3 aangeeft. Is een dwangsom eenmaal verbeurd omdat de rechterlijke uitspraak waarbij deze is vastgesteld overtreden is, dan is het op grond van art. 772 lid 3 bepaalde bedrag slechts een maximum tot welke grens de dwanguitoefening door middel van beslag en verkoop zich uitstrekt: het is geen geldschuld van de rekenplichtige aan de eiser. Daarom wordt de voortzetting van het beslag en de verkoop door het aan zijn verplichtingen voldoen van de rekenplichtige belet en wordt dit, als het nog mogelijk is, ongedaan gemaakt. Zolang de rekenplichtige niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan, blijven, ondanks beslag en verkoop, deze verplichtingen bestaan: het bedrag in geld laat niet de plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording oplossen. Voor de lijfswang van het vierde lid kunnen vergelijkbare opmerkingen gemaakt worden.

Zoals al opgemerkt dienen de leden 3 en 4 van art. 772 tot het nakomen van de rekenplicht en wordt niet de hoogte vastgesteld van het bedrag dat uit de rekenplicht zal blijken. Het lijkt me dan ook dat als er al goederen van de rekenplichtige verkocht zijn voordat aan de plicht tot het doen van rekening en verantwoording voldaan is, dit bedrag niet door de eiser als een afgescheiden vermogen onder zich

<sup>558</sup> A.P.Th. Eyssel, Dwangmiddelen in het rekeningproces: art. 772 Regtsvordering, Themis 1888, blz. 45-71, speciaal blz. 45-46; Maris, blz. 67 e.v.; Verpaalen, blz. 544.

hoeft te worden gehouden voor de rekenplichtige, maar dat deze het bedrag beleggen mag in onroerend goed, mag gebruiken voor een vakantiereis, etc. De strekking van het artikel brengt echter mee, dat als de rekenplichtige later toch rekening en verantwoording aflegt, er een verrekening zal moeten plaatshebben van dit bedrag met het saldo dat eiser gezien de alsnog opgemaakte rekening moet ontvangen.<sup>559</sup>

Al met al kan de gerechtigde via de regeling van dit artikel niet krijgen waar hij aanspraak op maakt: het afleggen van rekening en verantwoording door de rekenplichtige. Feitelijk zal er evenwel een identiek resultaat bereikt kunnen worden. De gerechtigde zal het meeste belang hebben bij het verkrijgen van het saldo dat hem op grond van de af te leggen rekening en verantwoording toekomt. Het zal hem minder interesseren hoe dit saldo nu precies tot stand gekomen is. Als de rechter het bedrag van lid 3 niet te laag vaststelt zal er een sterke prikkel voor de rekenplichtige bestaan alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen. Hetzelfde zal gebeuren als de rechter niet al te terughoudend is met het uitspreken van de lijfswang. Heeft de rekenplichtige de administratie zo grondig verwaarloosd dat nimmer een correcte rekening en verantwoording mogelijk zal zijn, dan zal geen enkel dwangmiddel meer baat kunnen brengen.

Zoals al werd opgemerkt, klieven de nodige problemen aan het in de wet neerleggen van de mogelijkheid dat de rechter, na advies van een accountant, de rekening vaststelt en afsluit. In de praktijk zal de regeling van de beide laatste leden van art. 772 voldoen, nu het belang van de eiser vrijwel steeds in de financiële sfeer ligt. Theoretisch verdient de mogelijkheid van reële executie voor de gevallen dat dit mogelijk is, ook al zou er nog zo weinig een beroep op worden gedaan, de voorkeur.

Is er wel rekening en verantwoording afgelegd, maar worden bepaalde posten betwist, dan kan de rechter op grond van art. 779 Rv. de rekening wel vaststellen, als dit tenminste aan de hand van de beschikbare stukken mogelijk is. Tevens kan het vonnis dan, mits dit gevorderd is, het bevel tot betaling van het door de rekenplichtige bedrag met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding c.q. het moment dat deze gevorderd is, inhouden.

### 8.11 MARITAAL BESLAG

In de artt. 808 e.v. Rv. wordt het maritaal beslag,<sup>560</sup> een uitwerking van art. 1: 110 lid 2 BW, geregeld. Het gaat hier om een conservatoir beslag dat echter niet gericht is op uitwinning, maar bedoeld is om te voorkomen dat bestanddelen van de huwelijksgoederengemeenschap weggemaakt worden die aan de beslagleggende echtgenoot blijken toe te komen na de scheiding en deling van de gemeenschap. Vanwaardeverklaring van het maritaal beslag is niet nodig, nu dit impliciet bij het

<sup>559</sup> Enzo: Hof 's-Hertogenbosch 27 april 1926, W 11640; Van Rossem-Cleveringa, art. 772 aant. 3; Rechtsvordering art. 772 aant. 2; anders: Maris, blz. 70.

<sup>560</sup> Coops, blz. 277-278, 298 e.v.; W. Hugenholtz, Maritaal beslag, proefschrift RU Leiden 1937; Hugenholtz-Heemskerk, no. 236, 331 e.v.; Jansen, blz. 467 e.v.; Oudelaar, par. 54, 55c en 140-143; Star Busmann-Rutten, no. 497 e.v.; Stein, blz. 337 e.v.

rechterlijk vonnis dat de eis tot scheiding en deling op grond van art. 1:111 lid 1 BW toewijst geschiedt. Dit beslag leent zich ook niet voor een "echte" vanwaardeverklaring omdat het niet in een executoriale fase kan overgaan. Bedacht moet ook worden dat het maritaal beslag niet opgeheven wordt door het rechterlijk vonnis dat bovengenoemde vordering tot scheiding en deling toewijst, maar dat het beslag in stand blijft totdat de scheiding en deling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden (vgl. art. 808g lid 2 Rv.: het beslag houdt op door de werkelijke verdeling van de goederen der gemeenschap). Dit van de overige conservatoire beslagen enigszins afwijkende beslag is op voorstel van Hartogh<sup>561</sup> in de wet opgenomen en werd als een grote verbetering beschouwd. In art. 808b lid 3 (beslag op roerend goed) vinden we dezelfde regeling die we al eerder in art. 725 lid 2 ontmoetten. Dat voor de toepassing van art. 444b de waarde van het in beslag te nemen goed in de plaats van het bedrag der vordering waarvoor het beslag gelegd is treedt, spreekt na het daar opgemerkte vanzelf.

Van meer belang is voor ons dat op grond van art. 808b (opheffing van het beslag, machtiging tot vervreemding, etc.), de president die het verlot tot het leggen van het beslag verleende, op verzoek van de andere echtgenoot dit weer geheel of gedeeltelijk kan opheffen of een machtiging tot vervreemding, bezwaring, verhuur of verpachting van de in beslag genomen goederen kan verlenen. Hiermee is aan de rechtbankpresidenten een zeer bevoegdheid toegekend zodat zij de belangen van partijen kunnen afwegen en tot hun recht kunnen laten komen. Door de rechterlijke machtiging kan een partij krijgen waar hij of zij recht op meent te hebben.

Uit de bepaling valt af te leiden dat als zonder rechterlijke machtiging wordt vervreemd, bezwaard, verhuurd of verpacht deze handeling op zichzelf wel geldig zal zijn maar dat op grond van art. 505 lid 4 Rv. de handeling geen werking zal hebben tegen de beslagleggende partij die kan doen alsof er niet zo'n handeling verricht is. Overigens betekent dit niet dat als de ene echtgenoot het goed verhuurd heeft en de ander beslag legt, deze laatste voortaan de huuropbrengst kan incasseren. De eerstgenoemde echtgenoot kan de huur blijven innen, terwijl de beslagleggende echtgenoot bevoegd is om verlot tot het leggen van derdenbeslag te vragen.

Art. 808i (doorhaling van inschrijving in de registers)<sup>562</sup> geeft aan wanneer de overschrijving van het beslag op de onroerende goederen of te boekgestelde schepen in de openbare registers wordt doorgehaald, waarna geen beperkingen meer gelden voor vervreemding, bezwaring, verhuur en verpachting. Gezien de artt. 808f en 770b lid 1 (voor onroerend goed) en 808b lid 2 en 566 (voor teboekgestelde schepen) kan een maritaal beslag worden overgeschreven in de openbare registers. Dit artikel is een waarborg dat als het beslag beëindigd wordt ook de overschrijving wordt doorgehaald. Het artikel houdt in sub 1-3 voor een belangrijk deel hetzelfde in als art. 770f lid 2; naar het opgemerkte in paragraaf 8.9.4 en paragraaf 4.4.1 over de artt. 1239-1241 BW mag worden verwezen.

<sup>561</sup> Hartogh, I: 18-19, 43-44, 130 e.v., 164-165, II: 138, 171-173, III: 21, 81 e.v., 106-107, 134; Hartogh en Cosman, blz. 244 e.v.

<sup>562</sup> Dezelfde regeling geldt voor de doorhaling in het scheepsregister van het op teboekgestelde schepen rustend maritaal beslag.



Wel van art. 770f lid 2 afwijkend is het sub 4 gestelde: doorhaling ambtshalve door de hypotheekbewaarder bij de overschrijving van de akte van scheiding der huwelijksgemeenschap of een deel ervan. De ratio van het hier gestelde is dat als partijen tot de scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap gekomen zijn, tevens een beslissing genomen is over de diverse goederen waarop het beslag rust. De hypotheekbewaarder hoeft slechts uit de akte af te lezen welke van de beslagen goederen aan de ene echtgenoot en welke aan de andere echtgenoot toegescheiden zijn. Daarmee is de bedoeling van het beslag achterhaald en blijkt implicite dat de echtgenoten geen behoefte meer aan het beslag hebben. Omdat meestal niet uitdrukkelijk de toestemming van eiser tot het opheffen van het beslag blijkt (vgl. art. 808i lid 1 sub 1) en geen opdracht tot doorhaling aan de hypotheekbewaarder gegeven wordt, heeft de wetgever deze regeling opgenomen om aan mogelijke twijfel een eind te maken.

Dat in het tweede lid art. 770g van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, betekent dat ook hier een vereenvoudiging van het voorschrift van art. 1240 BW geldt. Al met al wordt door de hier gegeven regeling bereikt dat als het maritaal beslag vervalt ook de overschrijving in de openbare registers vervalt, ongeacht het feit of de beslaglegger al dan niet meewerkt.

Overigens gelden de artt. 808b-808i op grond van art. 825f lid 3 ook ingeval van scheiding van tafel en bed. Ook in deze gevallen wordt immers de huwelijksgoederengemeenschap ontbonden al is dit niet met terugwerkende kracht.

## 8.12 SCHEIDING: GEBRUIK ECHTELIJKE WONING EN AFGIFTE MINDERJARIGEN

Tijdens de procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed kan de rechter bij beschikking voor de duur van het geding een aantal voorlopige maatregelen vaststellen.

Met name de sub a en b genoemde bevoegdheden van art. 825b Rv. betreffende gebruik van de echtelijke woning, ter handstellen van goederen die dienen voor dagelijks gebruik en de afgifte van de kinderen zijn voor ons belangrijk. Het sub c genoemde betreft een geldschuld en valt buiten het door ons te behandelen kader.

### 8.12.1 Gebruik echtelijke woning

Als de rechter bepaalt dat een der echtgenoten bij uitsluiting gerechtigd zal zijn tot het gebruik van de echtelijke woning, betekent dit dat als de andere echtgenoot zich toch nog in de woning begeeft of zich daar al bevindt, hij of zij zich aan huisvredebreuk (art. 138 Sr.) schuldig maakt. Omdat de betrokkene zich in de woning bevindt zonder recht of titel zal de ontruiming niet uitdrukkelijk hoeven te worden gevorderd: de rechterlijke beschikking levert al een executoriale titel op die voor tenuitvoerlegging vatbaar is.<sup>563</sup>

<sup>563</sup> Zie het in paragraaf 7.8 opgemerkte; Rb. Utrecht 11 september 1979, NJ 1980, 240; Hof Arnhem 19 januari 1982, NJ 1983, 156; anders: Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 1976, NJ 1977, 392: pas

Wat de (roerende) goederen voor dagelijks gebruik betreft, deze zijn zonedig via een op de artt. 439 e.v. Rv. berustende wijze in beslag te nemen. Daarbij worden de goederen in beslag genomen door de deurwaarder die ze onder zich neemt om ze af te geven aan de gerechtigde. Aan de executoriale fase van verkoop zal men niet toekomen nu het doel niet geldelijk verhaal en uitkering van een geldsom betreft, maar het om de goederen zelf gaat.

### 8.12.2 Afgifte minderjarigen

Onder b wordt de afgifte van kinderen genoemd. Het betreft hier een uitvloesiel van het tijdelijk toevertrouwen van de minderjarige kinderen aan de ene echtgenoot in een periode waarin de ouders het feitelijk niet op de normale wijze gezamenlijk uitoefenen. Door deze toevertrouwing verliest de andere ouder niet de ouderlijke macht, zodat de ouder aan wie het kind is toevertrouwd slechts beslissingen over de feitelijke gang van zaken mag nemen.<sup>564</sup> Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 29 oktober 1971, NJ 1972, 36 blijkt dat de ouder bij wie het kind verblijft het recht mist om te beslissen of en hoe het kind met de andere ouder contact mag houden. Ook al gaat het om een tijdelijk situatie, die niet al te lang mag duren, en mede gezien de aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 1971, de rechter kan in verband met de belangen van het kind een omgangsregeling vaststellen bij zijn uitspraak.<sup>565</sup> Wat omgangsregelingen betreft mag verder naar paragraaf 6.5.2 verwezen worden.

In het oude art. 820 lid 1 (de voorganger van de huidige regeling) werd art. 926 Rv. van toepassing verklaard, terwijl over art. 912 Rv. gezwezen werd. Nu worden beide artikelen niet meer genoemd. Minkenhof,<sup>566</sup> blz. 144 zegt "Waarom de zinsnede 'de bepalingen van art. 926 zijn ten deze van toepassing' is vervallen, blijkt niet." Rechtsvordering art. 825, aant. 2 zegt dat het weglaten van deze zinsnede terecht is geschied. Art. 926 zou niet los te denken zijn van art. 912, dat evenmin toepasselijk is verklaard en ook vroeger niet toepasselijk werd verklaard. Dit zou betekenen dat tot de tenuitvoerlegging van een op art. 825b berustend bevel tot afgifte de medewerking van het Openbaar Ministerie niet kan worden gevraagd. In de eerste noot op blz. III-266 p.1 wordt gezegd dat het niet onmogelijk is dat de wetgever anders geoordeeld heeft en van mening is geweest dat art. 912 en daarmee ook art. 926 van rechtswege toepasselijk zouden zijn. Die zienswijze zou onjuist zijn, omdat de beide artikelen behoren tot de orde van procederen in zaken van ouderlijke macht en voogdij. Het treffen van een voorlopige voorziening in een scheidingsgeding behoort in de systematiek van het wetboek niet tot deze zaken. In ieder geval zou het zeer ongewenst zijn om in de toch reeds gespannen situatie tijdens een echtscheidingsproces een bevel tot afgifte met

---

tenuitvoerlegging mogelijk na veroordeling tot ontruiming van de woning.

<sup>564</sup> Vgl. HR 16 december 1966, NJ 1967, 82. Zie ook paragraaf 6.5.2.2.

<sup>565</sup> HR 8 maart 1973, NJ 1973, 397.

<sup>566</sup> A.A.L. Minkenhof, De wet herziening echtscheidingsrecht, Groningen 1971.

bestuursdwang te executeren, daar dit de toestand hogelijk zou verscherpen. Voor het geval de betrokken ouder de afgifte zou blijven weigeren, zouden dan eerder schorsing en toevertrouwing conform art. 825c overweging verdienen.

Ik zou voor een andere benadering willen kiezen dan Rechtsvordering doet, ook al omdat ik het -gedeeltelijk- oneens ben met het daar gestelde. Dat de executie met behulp van politiedwang de situatie doet verscherpen lijkt me juist.<sup>567</sup> Daarbij zal direct moeten worden aangekend dat als het kind op grond van een rechterlijke beschikking aan de ene ouder toevertrouwd moet worden, maar de andere ouder weigerachtig blijft om het kind af te geven, al een hoogst ongelukkige situatie is ontstaan. De toestand kan nauwelijks meer verergeren doordat met politiehulp het kind toch bij de ouder terechtkomt aan wie de rechter dit wenselijk acht. In dat geval zal tenminste een ouder tevreden zijn, anders zouden beide ouders ontevreden zijn: de een is ontevreden met de rechterlijke uitspraak, de ander met de feitelijke situatie omdat het kind niet in zijn of haar feitelijke macht is.

Dat de artt. 912 en 926 in de zevende titel van boek III, van rechtspleging in zaken betreffende ouderlijke macht, voogdij en handlichting staan, is correct. Dat de beide artikelen niet naast art. 825b of analoog toepasbaar zijn lijkt me onjuist. Nergens heeft de wetgever een aanwijzing gegeven wat precies onder "zaken betreffende ouderlijke macht, voogdij en handlichting" moet worden verstaan. Dat de regeling van de artt. 900 e.v. niet van toepassing zal zijn als elders uitdrukkelijk een (afwijkende) regeling gegeven is, zal niemand betwisten. In casu is dat echter niet het geval en dan zullen artt. 900 e.v. in de oordeelsvorming betrokken mogen worden. Het lijkt me dat de wetgever van mening is geweest dat de artt. 912 en 926 van toepassing zouden zijn, hetzij rechtstreeks, hetzij analoog. In art. 925 wordt ook gezegd: "Bij iedere beschikking betreffende de gezagsuitoefening over minderjarigen beveelt de rechter tevens de afgifte dezer minderjarige aan degene, aan wien zij ingevolge de beschikking tijdelijk of blijvend worden toevertrouwd." Achtergrond van de bepaling is dat degenen bij wie een minderjarige verblijft, zich weinig van een rechterlijk beslissing tot afgifte van de minderjarige aan een ander zouden aantrekken, wanneer zo'n beslissing niet desnoods tegen hun wil zou kunnen worden tenuitvoergelegd. Het lijkt me dat deze strekking van art. 925 meebrengt dat het artikel ook toepasselijk zal zijn, hetzij rechtstreeks hetzij analoog, in de gevallen ex art. 825b. Het ligt dan voor de hand dat art. 912 gezien het daar in sub c bepaalde in die gevallen ook zal gelden. Daarmee staat het toepasselijk zijn van art. 926 Rv. voor mij ook vast. Als Rechtsvordering de weg van art. 825c (schorsing van de ouderlijke macht) wil kiezen, vraag ik me af wat die weg aan betere mogelijkheden biedt. Ook in dat geval zal toch de schorsing en toevertrouwing moeten worden afgedwongen en wel via de artt. 912 en 926.

<sup>567</sup> Gebeurtenissen zoals deze zich op 10 februari 1985 te Amsterdam voordeden, zullen -gelukkig- een uitzondering blijven vormen: een dertigjarige man doodde zijn drie maanden oude dochtertje, terwijl zich in de aangrenzende kamer twee politieagenten bevonden. De drientwintigjarige moeder die niet langer met de man wilde samenwonen had de politie om hulp gevraagd (op grond van art. 28 Politiewet) omdat zij van de man niet samen met de baby het huis mocht verlaten.

Uit het door Asser-Wiarda, blz. 872 e.v., en Minkenhof gestelde meen ik te mogen afleiden dat zij dezelfde mening verkondigen als ik hier verdedigd heb. Overigens lijkt me dat op grond van art. 28 Politiewet de hulp van de politie in dergelijke gevallen kan worden ingeroepen. Alleen zal de politie niet verplicht kunnen worden tot optreden (vgl. Pres. rb. Dordrecht 22 december 1971, NJ 1972, 282). Voor art. 827k, dat eenzelfde regeling inhoudt als art. 825b, maar van toepassing is in gevallen dat een gemeenschappelijk verzoek van de echtgenoten tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed gedaan is, zal het hierboven opgemerkte ook gelden.

### 8.13 OVERIGE BEPALINGEN IN BOEK III

In de zevende afdeling van boek III, titel 6 wordt de dwanguitgifte van akten geregeld. De voor ons van belang zijnde artt. 836, 839 en 841-843 zijn in paragraaf 8.7.2 al genoemd,<sup>568</sup> zodat we, nu de overige bepalingen voor ons niet interessant zijn, aan deze afdeling verder geen aandacht hoeven te besteden. Omdat de artt. 912, 925 en 926 hierboven en in paragraaf 6.5.2.2 behandeld zijn en de artt. 985 e.v. in paragraaf 7.3.4 ter sprake zijn gekomen, kan dit hoofdstuk afgerond worden.

### 8.14 CONCLUSIE

Al met al kunnen we hier de conclusie trekken dat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoveel artikelen bevat die de mogelijkheid van reele executie inhouden, dat gezegd kan worden dat de reele executie een (ongeschreven) hoofdregel van het burgerlijk procesrecht is en dat deze regel behoudens anders luidende bepalingen gelding heeft. Slechts als de feitelijke situatie zich er niet voor leent, zoals bijvoorbeeld bij het persoonlijk verrichten van een handeling of als herstel in de oude toestand onmogelijk is, kent deze regel uitzonderingen. Onjuist in mijn optiek is dan de opvatting dat de wetgever, gesteld voor de grote verscheidenheid van situaties, gekozen heeft voor partiele regelingen en welbewust heeft afgezien van een algemene regel.

<sup>568</sup> Zie ook de art. 1372 e.v. Gerechtelijk Wetboek voor België en 1435 e.v. Nouveau Code de Procedure Civile voor Frankrijk.

## 9.1 INLEIDING

In het onderstaande overzicht van het buiten Nederland geldende recht<sup>569</sup> heb ik mij moeten beperken. Opzet van dit werk is immers niet een rechtsvergelijkende studie te schrijven, maar om de reële executie in Nederland te behandelen, waarbij het aanbevelenswaardig kan zijn om een blik over de grens te werpen om te zien of een met de reële executie overeenstemmende regeling bestaat en zo ja, hoe deze regeling is opgezet. Het uitgangspunt is dan ook om de hoofdlijnen te schetsen en daarbij de niet-omstreden standpunten in de literatuur te volgen en de rechtspraak van de diverse rechters hierin te verwerken. Daarbij heb ik ervan afgezien de rechtspraak steeds volledig te vermelden (dat is ook onmogelijk, gezien het aantal bladzijden dat in het kader van deze studie voor de rechtsvergelijking ingeruimd kan worden), niet alleen omdat bijvoorbeeld Duitse bronnen veelal slechts het gerecht en de vindplaats, maar niet de datum van de uitspraak noemen, terwijl die rechtspraak in Nederland niet in alle gevallen toegankelijk is. Voor de vindplaatsen van de Duitse rechtspraak verwijs ik naar de genoemde commentaren op de Zivilprozessordnung (ZPO). Aangezien ik steeds de inhoud van de bepalingen weergeef, heb ik er van afgezien, de tekst op te nemen.

Dat formeel recht en materieel recht nauw samenhangen blijkt zeker bij dit onderwerp, want de reële executie is bijvoorbeeld in Italië in het Burgerlijk Wetboek opgenomen (zie par. 9.4.3) en in de Duitse Bondsrepubliek en Oostenrijk (par. 346 e.v. Exekutionsordnung) in het formele recht. Ook betekent deze samenhang dat wie het formele recht bestudeert acht moet slaan op mogelijke verschillen met het Nederlandse recht in het daar geldende materiele recht.<sup>570</sup>

<sup>569</sup> R.M. Blaauw, Executiemiddelen, de sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 31, Deventer 1980; R. David, Les grands systèmes de droit contemporains, 8. ed. par C. Jauffret-Spinozi, Paris 1982 (vgl. ook de Engelse editie: Major Legal Systems in the World Today, third edition by R. David and J.E.C. Brierly, London 1985); J.P. Dawson, Specific Performance in France and Germany, Michigan Law Review, volume 57 (1958/59), blz. 495 e.v., speciaal blz. 525 e.v.; J.G. Sauveplanne, Rechtsstelsels in vogelvlucht, tweede druk, Deventer 1981; G.H. Treitel, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII, Contracts in General, chapter 16, Remedies for Breaks of Contract, Tübingen/The Hague/Paris 1976; K. Zweigert und H. Kotz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band II: Institutionen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, blz. 178 e.v., speciaal blz. 181 e.v.

<sup>570</sup> Zo kent de BRepD bijvoorbeeld een abstract stelsel van eigendoms-overgang, al wordt dit door de rechtspraak wel getemperd. Over de verhouding tussen materieel en formeel recht: E. Wolff, Bürgerliches Recht und Prozessrecht in Wechselwirkung, Tübingen 1952, blz. 9-14; W.B. Schunemann, Befriedigung durch Zwangs-

Het in de vorige paragraaf opgemerkte heeft erin geresulteerd dat voor de BRepD<sup>571</sup> het uitgangspunt van mijn beschouwingen zullen zijn de par. 883 e.v. Zivilprozessordnung 1877 en dat paragrafen uit het materiele recht en dan met name uit het Bürgerliches Gesetzbuch 1896 slechts incidenteel aan de orde zullen komen. Na een algemeen deel, zal vervolgens een paragraafsgewijze behandeling van de par. 883 e.v. ZPO<sup>572</sup> volgen die direct met reële executie te maken hebben.

Niet ingegaan kan daarbij worden op vragen als welk gerecht bevoegd is van de vordering kennis te nemen, welke kosten aan het voeren van de procedure verbonden zijn en welke andere rechtsmiddelen bestaan.

---

vollstreckung, Juristen Zeitung 1985, blz. 49-57.

<sup>571</sup> P. Arens, Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung), 2. überarbeitete Auflage, München 1982; F. Baur und R. Stürner, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage der von A. Schönke begründeten systematischen Darstellung der Zwangsvollstreckungsrechts, Heidelberg-Karlsruhe 1983 (hierna te noemen: Schönke-Baur-Stürner); Blauw, blz. 39 e.v.; A. Blomeyer, Zivilprozessrecht. Vollstreckungsverfahren (Enzyklopadie der Rechts- und Staatswissenschaft: Abteilung Rechtswissenschaft), Berlin/Heidelberg/New York 1975 (niet meer geheel in overeenstemming met het geldend recht, soms enigszins achterhaald); David, no. 43, 83, 87, 92, 104, 108, 112 en 113; Gerhardt, Vollstreckungsrecht, 2. neubearbeitete Auflage, Berlin/New York 1982; Lokin en Zwalve, blz. 275 e.v., spec. 322 e.v.; O. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von P. Bassenge, e.a., 43. neubearbeitete Auflage, München 1984; O. Tempel, Mustertexte zum Zivilprozess, Band II, 2. verbesserte und erweiterte Auflage, München 1981, blz. 80 e.v. en Muster 165 e.v. en 223 e.v.; Zweigert und Kötz, blz. 181 e.v.

<sup>572</sup> Zie steeds het commentaar op iedere paragraaf van Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, begründet von A. Baumbach, fortgeführt von W. Lauterbach, nunmehr verfasst von J. Albers und P. Hartmann, 42. neubearbeitete Auflage, München 1984; Thomas-Putzo, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, erläutert von H. Thomas und H. Putzo, 12. neubearbeitete Auflage, München 1982; Zoller, Zivilprozessordnung, begründet von R. Zoller, bearbeitet von R. Geimer e.a., 13. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1981 en in het algemeen: P. Dietrich, Die Individualvollstreckung. Materielle und methodische Probleme der Zwangsvollstreckung nach den par. 883-898 ZPO, Schriften zum Prozessrecht band 48, Berlin 1976; W.G. Müller, Das Verhältnis der Herausgabe - zur Handlungsvollstreckung (par. 883, 884; 887, 888, 893 ZPO), Juristische Studien Herausgegeben von Mitgliedern des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Tübingen, Band 62, Tübingen 1978.

## 9.2.1 Algemeen

De Duitse regeling is uitgebreid en algemeen. Net als in ons land bestaat ook in de BRepD in principe een verbod tot eigenrichting (vgl. par. 229 e.v. BGB: Selbsthilfe), zodat de schuldeiser niet zelf dwang op de schuldenaar mag uitoefenen. Met een regeling van de "Zwangsvollstreckung" komt de Staat de schuldeiser te hulp om hem aan zijn recht te laten komen. Dit heeft tot gevolg dat een schuldenaar onder invloed van de mogelijk aan te wenden dwangmiddelen toch nog 'vrijwillig' aan zijn verplichtingen voldoet.

De Zwangsvollstreckung is voor het civiele recht opgenomen in het achtste boek van de Zivilprozessordnung waar achtereenvolgens algemene voorschriften (par. 704 e.v.), de executie vanwege geldvorderingen (par. 803 e.v.), de executie tot het verwezenlijken van de afgifte van zaken, de verwezenlijking van handelingen en het waarborgen van nalaten (par. 883 e.v.), de belofte en de detentie (par. 899 e.v., Eidesstattliche Versicherung und Haft) en tot slot het arrest en de voorlopige voorziening (par. 916 e.v., Arrest und einstweilige Verfügung) geregeld zijn. Van belang voor ons is de executie van vorderingen die op een andere prestatie dan geld gericht zijn.

Vooropgesteld moet worden dat de ZPO nauwelijks iets regelt over de executie van grond, omdat de ZPO van eerder datum is dan het BGB, dat pas uniform recht op dit terrein bracht. In een speciale wet, het Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZVG) van 24 maart 1897 is deze materie geregeld. Daarnaast richt de executie zich niet op de persoon van de schuldenaar, maar op zijn vermogen, wat in principe voor het geheel kan worden uitgewonnen.

Het begrip "Realexekution" komt in de Duitse wetgeving niet voor. Wel kent de rechtswetenschap dit begrip. Er kan mee worden uitgedrukt:

1. de executie op het vermogen van de schuldenaar in tegenstelling tot de niet meer bestaande executie gericht op de persoon (het venire trans Tiberim in het oude Rome);

2. de executie van slechts een bepaald vermogensbestanddeel op grond van een zakelijk recht, dit in tegenstelling tot de executie van willekeurig welk vermogensbestanddeel zoals die mogelijk is op grond van een persoonlijk recht, en

3. het afdwingen van de primaire prestatie, dit in tegenstelling tot de enkele schadevergoedingsplicht als secundaire prestatie.

Deze laatste betekenis benadert ons begrip reële executie.

Uitgangspunt van het Duitse recht is, anders dan voor het Romeinse of het Franse (art. 1142 Code Civil), niet het principe van de veroordeling in geld, maar de zogenaamde Naturalvollstreckung, wat betekent dat iedere aanspraak op de oorspronkelijke prestatie (ook die niet op een prestatie in geld, maar op een afgifte, een doen of een nalaten gericht is) in principe ook als zodanig geëxecuteerd kan worden (par. 241 BGB).

De nadere regeling van de executie van niet op een betaling in geld gerichte aanspraken, zoals de par. 883 e.v. ZPO die inhouden, kunnen we nog verder onderverdelen in de volgende groepen:

- par. 883 e.v.: afgifte van zaken;
- par. 887 e.v.: het verrichten van andere handelingen of het waarborgen van nalaten;
- par. 894 e.v.: de fictie van het afgegeven zijn van een wilsverklaring.

Zoals hieronder bij de paragraafsgewijze behandeling zal blijken, komen de par. 887 e.v. pas aan bod als uitzonderingsbepalingen voor de gevallen dat de par. 883 e.v. of par. 894 e.v. niet toepasselijk zijn. Schumann<sup>573</sup> par. 75 e.v. meent dat een bepaald probleem het beste via de volgende stappen opgelost kan worden:

- gaat het om de executie ter verwezenlijking van de afgifte van zaken of ter verwezenlijking van een (niet) doen (par. 883-898 ZPO) dan wel om de executie vanwege een geldvordering (par. 803-882a ZPO)
- is het eerst genoemde van toepassing, dan moet nagegaan worden of het enerzijds de afgifte van een zaak (par. 883 e.v.) of het vervangen van een wilsverklaring (par. 894 e.v.) betreft of anderzijds gaat om een handeling die niet bestaat in het vervangen van een wilsverklaring of een nalaten (par. 887 e.v.);
- gaat het niet om een van de beide eerste gevallen (en deze beide worden ruim uitgelegd), dan pas zijn de par. 887 e.v. toepasselijk;
- vervolgens moet beoordeeld worden of het een nalaten (par. 890 e.v.) dan wel een handelen betreft, in welk laatste geval onderscheiden moet worden of een derde de handeling kan verrichten (par. 887) c.q. dat het aankomt op een handeling van de schuldenaar persoonlijk (par. 888).

Niet behandeld zal worden tot welke problemen botsende rechten kunnen leiden. Verwezen mag worden naar de bijdrage van F.Sielemann aan het preadvies Bescherming van kopers van woningen voor de jaarvergadering van de Koninklijke Notariele Broederschap en de Vereniging voor BR 1985, blz. 179-184, 241-242 en 248.

## 9.2.2 De afgifte van zaken (par. 883-886 ZPO)

### 9.2.2.1 Par. 883 (Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen)

Paragraaf 883 is de eerste van de bepalingen die betrekking hebben op de vorderingen tot afgifte, zoals die in de par. 883-886 ZPO geregeld worden<sup>574</sup> en heeft betrekking op de afgifte van een bepaalde roerende zaak of van een bepaalde hoeveelheid roerende zaken uit een direct leverbare totaliteit.<sup>575</sup> Dat de paragraaf alleen betrekking heeft op lichamelijke zaken is niet verwonderlijk, omdat de deurwaarder uitsluitend dit soort zaken kan wegnemen. Anderzijds moet deze bepaling wel zo ruim uitgelegd worden, dat ook zaken die pas door de afgifte roerend worden als ook een algemeenheid van goederen, bijv. een bibliotheek of de inventaris van een winkel, hieronder vallen.

<sup>573</sup> E. Schumann, Die ZPO-Klausur. Eine Anleitung zur Lösung von Fällen aus dem Erkenntnisverfahren und der Zwangsvollstreckung. Hinweise zur Bearbeitung der Hauptprobleme des Zivilprozessrechts, München 1981.

<sup>574</sup> Blomeyer, par. 88 en 89; Schonke-Baur-Sturner, par. 37; Schumann, par. 77.

<sup>575</sup> W. Noack, Die Herausgabevollstreckung gemäss par. 883 ZPO und ihre aktuellen Probleme in der Praxis. Juristische Rundschau 1966, blz. 215-216.



Na het rechterlijk vonnis treedt de deurwaarder op grond van de par. 757 e.v. ZPO op, neemt de zaken bij de schuldenaar weg en overhandigt deze aan de schuldeiser. Deze wegname verschaft de schuldeiser het bezit en bevrijdt de schuldenaar. De deurwaarder heeft de plicht om zelfstandig na te gaan of par. 883 toepasselijk is (dus niet bij de levering van elektriciteit) en of de executie toelaatbaar is (vgl. par. 704 e.v. ZPO). Is hier niet aan voldaan, dan geldt par. 886. Komt blijkens de executoriale titel de keuze toe aan de schuldeiser, dan kan deze de afgifte van de door hem gekozen zaken verlangen; komt de keuze echter aan de schuldenaar toe en oefent deze het keuzerecht niet uit voor het begin van de tenuitvoerlegging van het vonnis, dan kan de schuldeiser de executie naar zijn keuze op een bepaalde zaak richten, maar de schuldenaar houdt de mogelijkheid tot het moment dat de schuldeiser het gekozen ontvangen heeft, zich door afgifte van een andere zaak te bevrijden.

Wordt de af te geven zaak niet aangetroffen, dan is de schuldenaar verplicht om op verzoek van de schuldeiser bij eed te verzekeren dat hij de zaak niet in zijn bezit heeft en ook niet weet waar deze zich bevindt. Heeft een derde de zaak in bewaring, dan gelden de regelingen van par. 886 ZPO. Overigens is de "eidesstattliche Versicherung" het enig toegelaten middel om druk uit te oefenen op de schuldenaar en gelden bijvoorbeeld de par. 887 e.v. niet. Dat de schuldenaar de eed persoonlijk moet afleggen spreekt vanzelf (vgl. par. 899 e.v. ZPO). De tot afgifte veroordelende titel kan naast de veroordeling tot de afgifte nadere op de zaak betrekking hebbende verplichtingen inhouden, zoals die tot verzending van de zaak. In de gevallen dat deze verplichting van ondergeschikte betekenis is (bijv. verzending) kan executie op grond van par. 883 plaats hebben (de verzending geschiedt dan door de deurwaarder). Heeft de bijkomende verplichting echter een zelfstandige betekenis, dan zal par. 887 toepasselijk zijn (bijv. montage van een apparaat). Net zo zal niet op grond van par. 883 geexecuteerd kunnen worden wanneer de schuldenaar zijn plicht tot samenstelling of creatie niet vervuld heeft. Al naar gelang het een vervangbare of een onvervangbare handeling betreft gelden de par. 887 en 888.

Dat de aanspraak op inzage in bepaalde akten alleen o.g.v. par. 883 te executeren valt zolang het niet de nevenverplichting van een meer omvattende informatieplicht betreft, is gemakkelijk in te zien. Vroeger werd de bepaling ook toepasselijk geacht op de afgifte van kinderen. Nu echter<sup>576</sup> wordt dit resultaat bereikt, mede gezien par. 1632 lid 3 BGB, via de weg van par. 33 FGG.

Tot slot verdient nog opmerking dat als de af te geven zaak niet meer voorhanden is, de schuldeiser geen beroep kan doen op par. 887 lid 1, maar slechts een vordering tot rentebetaling en schadevergoeding houdt. Waar niets is verliest ook de keizer zijn recht.

<sup>576</sup> J. Schuler, Die Kinderherausgabevollstreckung seit dem 1.1.1980, Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung 1980, blz. 97-106.

#### 9.2.2.2 Par. 884 (Leistung vertretbarer Sachen)

Onder de reikwijdte van paragraaf 884 valt de aanspraak op een roerende zaak die de schuldenaar eerst nog vervaardigen of aanschaffen moet. Door de verwijzing naar par. 883 gelden de daar in lid 1 gegeven regels niet alleen voor bepaalde roerende zaken, maar ook als het om vervangbare zaken gaat. Het in par. 883 lid 2 tot en met 4 geregelde geldt echter niet. De afgifte van een "eidesstattliche Versicherung" komt dan ook niet in aanmerking. Uitgangspunt blijft dat de deurwaarder slechts een zaak mag wegnemen die zich in het bezit van de schuldenaar bevindt. Heeft de schuldenaar de zaak niet in zijn bezit, dan kan deze paragraaf geen toepassing vinden en mocht par. 886 niet bruikbaar zijn, dan blijft slechts een klacht op grond van par. 893 over. We zouden hier kunnen denken aan het geval dat een boerin beloofd heeft van de afgeschoren wol van de schapen op de boerderij een trui te breien voor 1 april a.s. Is het zo koud buiten dat de schapen nog niet geschoren kunnen worden, dan zal par. 893 toepassing vinden, maar is de wol wel afgeschoren en gesponnen en heeft de boerin het te druk om een trui te breien, dan zal de regeling van par. 887 gelden. De schuldeiser kan de schuldenaar niet door dwangmiddelen dwingen tot aanschaf van de zaak, waarbij er nog van afgezien moet worden dat de aanspraak in het vonnis veelal niet nauwkeurig genoeg omschreven kan worden. Dat par. 887 (en ook par. 888) hier geen toepassing kan vinden, blijkt uitdrukkelijk uit het derde lid van die paragraaf, zodat de schuldeiser niet gemachtigd kan worden zich de zaak op kosten van de schuldenaar aan te schaffen. Onder het begrip waardepapier in de zin van deze paragrafen vallen wel aandelen, obligaties, loten en overdraagbare papieren zoals wissels, waarbij het onverschillig is of het om bewijzen aan toonder dan wel op naam gaat, maar verzekeringspolissen en schuldbekentenissen vallen er niet onder.

#### 9.2.2.3 Par. 885 (Herausgabe von Grundstücken oder Schiffen)

Dit is de bepaling op grond waarvan in het algemeen, onafhankelijk van het feit of het een zakelijk of een persoonlijk recht betreft, ontruiming gevorderd kan worden. Hoewel de bepaling dit niet met zoveel woorden aangeeft, geldt het bepaalde ook voor huurders, krakers, etc. Een titel tot afgifte van het stuk grond rechtvaardigt namelijk de ontruiming van een op dat stuk grond opgetrokken gebouw. Voor afbraak is echter de weg van par. 887 te volgen.

De bepaling heeft slechts betrekking op een stuk grond of op een lichamelijk deel van zo'n stuk grond, niet op een recht op grond of op een slechts imaginair deel, want dan gelden de par. 887 e.v. Verder vallen onder par. 885 een in het scheepsregister ingeschreven schip, onafhankelijk van de vraag of het bewoond is of niet, en een schip in aanbouw dat ingeschreven is. Heeft de inschrijving niet plaats gehad dan is de regeling van par. 883 toepasselijk. Behalve dat par. 885 speelt bij de ontruiming van stukken grond in het algemeen, schepen, kamers en verpachte grond, wordt de bepaling ook overeenkomstig toegepast als het om roerende zaken als woonwagens en noodwoningen gaat. Nadat de ontruimingstermijn van par. 721 verlopen is, kan de deurwaarder optreden.

Bij de ontruiming, het uit het bezit stellen door de deurwaarder, geldt als uitgangspunt dat dit zo mogelijk zonder geweld geschiedt, maar dat als het niet anders kan, dwang wel toegelaten is. Daarbij mag een ingreep in de rechten van de schuldenaar niet verder gaan dan nodig is om de aanspraken van de schuldeiser te verwezenlijken. De executie is volbracht als de schuldeiser de daadwerkelijke heerschappij verkregen heeft en deze conform par. 854 BGB uitoefenen kan. Daarvoor is bijvoorbeeld nodig dat ook de inboedel uit het huis verwijderd is, al zal dit niet zo ver gaan dat de deurwaarder bezemschoon aflevert. De werkingssfeer van de paragraaf is zo ruim dat niet alleen de schuldenaar, maar ook zijn inwonende familieleden, bezoekers, gasten en ook de op grond van een op een huwelijk lijkende verhouding inwonende partner, het huis moeten verlaten met hun bezittingen. Daarentegen is een aparte executoriale titel tegen beide echtgenoten nodig als zij medehuurler of mede-eigenaar van de woning zijn, terwijl ook jegens onderhuurlers en onderpachters een aparte titel noodzakelijk is. Vermelding verdient nog dat op grond van par. 766 ZPO verzet tegen het optreden van de deurwaarder mogelijk is door de schuldeiser, de schuldenaar en ook derden. Dit zou kunnen gebeuren als de deurwaarder de weggehaalde zaken niet met de vereiste zorg behandeld heeft.

#### 9.2.2.4 Par. 886 (Herausgabe bei Gewahrsam eines Dritten)

Voor het geval dat de par. 883-885 ZPO toepasselijk zijn en de af te geven roerende of onroerende zaak in het bezit van een derde is, biedt par. 886 een mogelijkheid.

Is de derde niet tot afgifte bereid, dan kan de schuldeiser de vordering tot afgifte die de schuldenaar tegen de derde als bewaargever, bruikleengever, etc. heeft op grond van de wetsbepaling in beslag nemen en op zich laten overgaan (vgl. par. 829, 835 ZPO). Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor de schuldeiser om zijn executoriale titel zonodig op grond van par. 727 ZPO jegens de derde te doen overgaan. Weigert de derde ondanks par. 886 toch nog de afgifte van de zaak, dan moet de schuldeiser een eis tot afgifte instellen, die overeenkomstig par. 883-885 tenuitvoer te leggen is. In geen geval mag direct geëxecuteerd worden tegen een derde die de titel aanvecht; dit zou verboden eigenrichting betekenen.

In deze paragraaf kunnen we een leemte ontdekken, want par. 886 gaat alleen uit van een derde die niet mee wil werken. Er ontbreekt een regeling voor de gevallen dat de derde wel bereid is tot afgifte. Bij de executie van geldvorderingen wordt in de par. 808 en 809 ZPO dit probleem wel opgelost. Algemeen wordt deze regeling hier naar analogie toegepast en dat heeft tot gevolg dat par. 883-885 ZPO ook gelden voor derden die willen meewerken.<sup>577</sup>

#### 9.2.3 Het verwezenlijken van andere handelingen (par. 887-893 ZPO)

In deze afdeling gaat het om paragrafen die betrekking hebben op het verwezenlijken van diverse soorten handelingen c.q. plichten, te weten het verwezenlijken van andere handelingen dan de afgifte van een

<sup>577</sup> Schumann, blz. 200-201.

wilsverklaring en de verwezenlijking van plichten tot dulden en nalaten. De volgende onderverdeling zou kunnen worden gemaakt voor een handeling/plicht die onder de par. 887-893 valt:

- handelen :

a. de handeling kan door een derde in de plaats van de schuldenaar verricht worden: par. 887;

b. de handeling kan uitsluitend door de schuldenaar zelf verricht worden: par. 888;

- nalaten of dulden : par. 890.

### 9.2.3.1 Par. 887 (Zwangsvollstreckung bei vertretbaren Handlungen)

Deze paragraaf heeft betrekking op de verplichting van de schuldenaar een vervangbare handeling te verrichten die noch in de betaling van een geldbedrag, noch in de afgifte of levering van zaken, noch in het afgeven van een wilsverklaring bestaat.<sup>578</sup>

Deze verplichting wordt in de regel geëxecuteerd doordat de rechter de schuldeiser op zijn verzoek machtigt de handeling op kosten van de schuldenaar te verrichten of te laten verrichten. Het is noodzakelijk dat aan de schuldenaar de executoriale titel betekend is voordat de machtiging verleend wordt, maar niet nodig (en vaak zelfs ondoelmatig) is het in het vonnis al aan te geven wie de handeling zal verrichten. Voorwaarde is dat de handeling door een derde, iemand anders dan de schuldenaar te verrichten is. Dit betekent dat het vanuit het standpunt van de schuldeiser bezien noch economisch noch juridisch uitmaakt wie de handeling verricht en dat het vanuit het standpunt van de schuldenaar bezien toelaatbaar moet zijn dat een ander optreedt. Uitgesloten is het de machtiging af te geven als de schuldenaar de handeling verricht heeft zoals dat behoort. In hoeverre dat het geval is, wordt in de procedure ex par. 887 onderzocht. Evenzo wordt onderzocht of de omvang van de aanspraak in strijd met de overeenkomst is en of de bewering van de schuldenaar klopt dat hij al het mogelijke gedaan heeft om te presteren, maar dat hier sprake is van een overmachtsituatie. Ontoelaatbaar is het in ieder geval om de machtiging te verwezenlijken door bedreiging met strafmaatregelen.

Bij het verzoek tot machtiging kan de schuldeiser aan de rechter vragen om tegelijkertijd een voorschot op de te maken kosten vast te stellen. Is eenmaal een voorschot verleend, dan betekent dit niet, dat als de kosten geringer blijken te zijn, de schuldeiser het overschot mag behouden. Netzomin is de schuldeiser aan de hoogte van het voorschot gebonden: hij kan verhoging vragen.

Kunnen partijen bij het aangaan van de overeenkomst nog bepalen in hoeverre een handeling vervangbaar is of juist niet, nadat de executie aangevangen is kunnen zij niet meer geldig overeenkomen dat een vervangbare handeling in de zin van par. 887 door middel van de in par. 888 aangeduide mogelijkheden afgedwongen zal worden. Wel kunnen partijen de executie staken en opnieuw een procedure beginnen, waarbij de andere executiewijze wordt gekozen. Bij een geschil op grond van deze paragraaf moet de schuldeiser de niet-vervulling van de afspraak door de schuldenaar staande houden. De rechter gaat dan na

<sup>578</sup> Blomeyer, par. 91; H. Kroger, Die Grenzen der Anwendung der par. 887 und 888 ZPO, diss. Freiburg in Breisgau 1950; Schonke-Baur-Sturner, par. 38 I; Schumann, par. 78 I.

of de voorwaarden voor de tenuitvoerlegging aanwezig zijn en of de schuldenaar toen in staat was aan de verplichting te voldoen. De enkele verklaring van de schuldenaar dat hij bereid was te vervullen zegt niets als hij had kunnen vervullen, hij had dan ook maar aan zijn verplichtingen moeten voldoen. Beweert de schuldenaar dat voldaan is, dan zal hij de door de rechter geëiste feiten moeten bewijzen.

Steeds kan de schuldenaar een executiegeschil conform par. 769 ZPO starten als de uitspraak in het proces op grond van par. 887 in kracht van gewijsde gegaan is. Tijdens deze laatste procedure kan hij hier ook al een beroep op doen. In ieder geval bindt de uitspraak op grond van par. 887 de rechter niet voor een procedure op grond van par. 769. Is de in de plaatsstelling verleend dan moet de schuldenaar deze dulden. Zo moet hij de schuldeiser indien nodig toegang verschaffen tot zijn woning, opslagruimte, etc. In de uitspraak kan de rechter dit toegangsrecht nader omschrijven en beperken. Andere noodzakelijke vereisten zoals een bouwvergunning kunnen door de rechter niet via de machtiging verleend worden, hiervoor moet de schuldeiser zelf zorgdragen.

De mogelijkheid bestaat dat de schuldenaar die eerst onwillig is, later van gedachten verandert. De vraag die dan rijst is of als de machtiging al verleend is de schuldenaar toch nog de handeling zelf kan verrichten. Is de handeling al door de schuldeiser zelf of door een derde verricht, dan is het voor de schuldenaar niet meer mogelijk om zelf handelend op te treden. Is de handeling echter nog niet verricht dan kan de schuldenaar toch nog optreden, want de machtiging tast de plicht van de schuldenaar en zijn recht op vervulling niet aan. Het wordt pas anders als de schuldeiser bij het tenuitvoerleggen van de machtiging een terecht belang heeft.

In het verlengde hiervan ligt de vraag of de schuldeiser altijd een machtiging kan verkrijgen als de schuldenaar in gebreke is. Dit blijkt niet altijd het geval te zijn. Kan de schuldeiser zich het afgesprokene zelf zonder extra kosten verschaffen, kan hij de akte die de schuldenaar moest verschaffen zelf verkrijgen, of is hij evenals de schuldenaar in gebreke, dan is de eis niet toelaatbaar en is er sprake van misbruik van recht (vgl. par. 226 BGB).

Heeft de schuldeiser de door de schuldenaar te verrichten handeling zelf uitgevoerd of laten uitvoeren door een derde zonder dat er een machtiging op grond van par. 887 sprake was, dan kan de schuldeiser niet ex par. 887 vergoeding van de door hem gemaakte kosten verlangen, maar zal hij een eis tot schadevergoeding tot de schuldenaar moeten richten.

Zoals hierna zal blijken is lang niet altijd duidelijk of par. 887 of par. 888 van toepassing is. Soms hangt dit van allerlei omstandigheden af die alleen in concreto tot een antwoord kunnen leiden. Zo kan dit bijvoorbeeld van de algemene economische situatie afhangen, vgl. de moeilijkheden om grondstoffen voor een produkt te verkrijgen. Ter illustratie zal ik na par. 888 een overzicht geven wanneer de rechtspraak de ene dan wel de andere paragraaf toepasselijk acht. Zo mogelijk zal echter de toepasselijkheid van par. 887 aangenomen worden, waartoe het begrip 'vervangbaar' ruim uitgelegd wordt, want deze bepaling drukt het minst op de schuldenaar.

Direct na de tenuitvoerlegging van een vervangbare handeling treffen we hier een regeling aan voor de gevallen dat de handeling afhankelijk is van de schuldenaar en niet verricht kan worden door een ander dan de schuldenaar<sup>579</sup> Zoals hiervoor al aangegeven, wordt deze bepaling eng uitgelegd en dat is ook niet verwonderlijk, want de schuldeiser krijgt in deze gevallen heel moeilijk waar hij recht op heeft, zo hij het al krijgt. Deze paragraaf geeft namelijk aan dat slechts indirecte dwangmiddelen als de lijfswang en een dwangsom (Zwangshaft en Zwangsgeld) tot een bedrag van DM 50.000 te gebruiken zijn.

Gaat het om een verplichting tot het verrichten van een onvervangbare handeling, waarbij de medewerking van een ander nodig is, dan geldt niet par. 888, maar is de schuldeiser aangewezen op de vordering ex par. 893 tot schadevergoeding. De werking van par. 888 moet, zoals we hiervoor al gezien hebben, beperkt worden opgevat. We kunnen zeggen dat par. 888 slechts geldt als de handeling op het moment van de executie uitsluitend van de wil van de schuldenaar afhankelijk is en dat als de handeling voor of na de veroordeling onmogelijk geworden is, onverschillig op welke wijze dit geschied is, niet deze paragraaf toepasselijk is, maar par. 893 een aanspraak op schadevergoeding geeft.

Over de beide dwangmiddelen kunnen we opmerken dat niet aan de schuldeiser, maar aan het gerecht de keuze toekomt om hetzij een dwangsom op te leggen, hetzij lijfswang aan te wenden, want beide kunnen niet naast elkaar bestaan.

Wel is het mogelijk om lijfswang aan te wenden voor het geval dat de dwangsom niet geïncasseerd kan worden. Is de (materiele) partij processueel onbekwaam, zoals een onder curatele gestelde of een minderjarige, dan raakt een eventuele dwangsom zijn vermogen, terwijl de lijfswang zich tegen de wettelijke vertegenwoordiger zal richten.

De dwangsom valt toe aan de staatskas, terwijl de lijfswang op grond van par. 904 ZPO e.v. geëxecuteerd wordt. Daarbij geldt blijkens par. 913 ZPO een maximum van zes maanden.

In principe kan de rechter een termijn bepalen waarna de dwangmiddelen gebruikt kunnen worden, maar omdat de zaak toch al enige tijd sleept, zal het meestal doelmatiger zijn de dwangmiddelen direct toepasselijk te verklaren.

Omdat hier sprake is van dwangmiddelen, niet van straffen, geldt een strafrechtelijke regel als 'ne bis in idem' niet. In het tweede lid zijn een aantal gevallen nadrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van dit artikel. Omdat dit artikel in feite als laatste toepassingsmogelijkheid aan bod komt (geen vordering tot betaling van geld, geen afgifte van een zaak of wilsverklaring, geen dulden of nalaten, geen vervangbare handeling, dan blijft alleen over par. 888: onvervangbare handeling), betekent dit dat voor de hiergenoemde gevallen geen

<sup>579</sup> Zie ook: Blomeyer, par. 93; D. Schoenthal, Die Stellung gesetzlicher Vertreter des Schuldners im Verfahren nach den par. 888, 890 ZPO, diss. Freiburg in Breisgau 1972; E. Peters, Restriktive Auslegung des par. 888 I ZPO? in: Gedächtnisschrift für R. Bruns, München 1980, blz. 285-295; Schumann, par. 78 II; Schonke-Baur-Sturner, par. 38 II; H. Zieres, Grundfragen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen, von Duldungen und Unterlassungen (par. 888, 890 ZPO), diss. Saarbrücken 1970.

mogelijkheid bestaat om het recht te verwezenlijken of een dwangmiddel te gebruiken om druk uit te oefenen

Allereerst is uitgesloten de vordering tot het aangaan van een huwelijk. Ook uit art. 1297 BGB blijkt dit, want daar is de afdwingbaarheid van een trouwbelofte/verloving uitgesloten. Nauw verband hiermee houdt het feit dat ook een vordering tot herstel van het huwelijksleven uitgesloten is. Dit sluit niet uit dat een vordering die op een andere grond ingesteld wordt voor toewijzing vatbaar is. Zo kan een derde uit de echtelijke woning verwijderd worden. Het toepassingsgebied van deze uitzondering moet echter niet te eng opgevat worden, want ook een nalaten door derden valt eronder. Zo kan de ene echtgenoot geen uitspraak tegen een derde verkrijgen waarbij deze verboden wordt eisers echtgenote niet meer te ontmoeten. De wetgever is ervan uitgegaan dat afdwinging toch niet mogelijk zou zijn. Wel afgedwongen kan worden de executoriale titel op grond waarvan de ene echtgenoot de andere weer in de echtelijke woning moet opnemen en zijn verblijf daar moet gedogen.<sup>580</sup> Tot slot is uitgesloten het afdwingen van een persoonlijke prestatie, zodat een componist niet gedwongen kan worden tot het schrijven van een nieuw muziekstuk en een schrijver niet tot het vervaardigen van een nieuw boek verplicht kan worden.

Naast deze uitdrukkelijke uitzonderingen zijn er meer handelingen die zich niet voor afdwinging lenen. Daarbij valt te denken aan religieus handelen, vgl. art. 4 Grundgesetz, of een vordering tot naamsverandering na het aangaan van een huwelijk.<sup>581</sup>

### 9.2.3.3 Overzicht van wat onder par. 887 resp. par. 888 ZPO valt

Overzicht van hetgeen onder par. 887 valt en als een vervangbare handeling te beschouwen is: bevrijding van een geldschuld (de hoogte staat vast, zodat een derde kan voldoen), opmaken van een balans (een deskundige kan dit doen, tenzij de ondernemer gegevens moet verstrekken), het maken van een uittreksel van een boek, inschrijving bij het kadaster, ambachtelijke prestaties (die geen bijzondere geestelijke of lichamelijke vaardigheid vergen), verwijderen van een huisdier, deponering van een geldbedrag, levering van elektriciteit, aflossing hypotheek en zekerheidstelling.

Overzicht van hetgeen onder par. 888 valt en als een onvervangbare handeling te beschouwen is: inlichtingen geven, inzage geven, afleggen van rekening en verantwoording, legalisering van een akte van de schuldenaar door een overheidsorgaan, intellectuele prestatie (tenzij iemand met dezelfde opleiding ook kan optreden), opmaken van een boedelbeschrijving, omgangsrecht van de gescheiden ouder aan wie de kinderen niet zijn toevertrouwd, ondertekening van een wissel, verkoopverplichting, verzorgingscontract en afleggen van getuigenis.

<sup>580</sup> OLG Hamm 25.1.1965, MDR 1965, 577; OLG Celle 8.4.1964, Fam. RZ 1964, 300 maakt duidelijk dat een uitspraak op grond van par. 888 lid 2 niet via par. 890 ten uitvoer te leggen is.

<sup>581</sup> In de BRpD is het zo dat bij het aangaan van een huwelijk man en vrouw een keuze kunnen doen omtrent de te voeren achternaam. Als Jan Jansen trouwt met Brigitte Berendsen kunnen zij voor de achternaam Berendsen kiezen en gaat het na de trouwdag om het echtpaar Jan en Brigitte Berendsen.

#### 9 2.3.4 Par. 890 (Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen)

In par. 890 gaat het om een dwangmatig proberen te verwezenlijken van aanspraken tot dulden en tot nalaten.<sup>582</sup> Het onderscheid tussen beide is als volgt aan te geven. Bij nalaten gaat het om gedrag dat een zeker causaal gevolg niet beïnvloedt, het laten voortbestaan van een toestand of het laten veranderen zonder eigen toedoen. Dulden houdt in dat het verrichten van een handeling niet verhinderd wordt, dat dit wordt gedoogd. Tussen beide vormen is soms slechts moeilijk onderscheid te maken, vooral ook omdat een dulden soms een handeling van de tot dit dulden verplichte nodig maakt, hetgeen de afgrenzing van par. 890 ten opzichte van par. 887 en 888 bemoeilijkt.<sup>583</sup> Vgl. de plicht tot het weghalen van een naambord met daarop een onbevoegd gebruikte handelsnaam.

In de praktijk zijn met name de plichten tot dulden en tot nalaten van belang die samenhangen met de inbreuk op het gebruik van een naam (par. 12 BGB) of op zakelijke rechten (vgl. par. 906, 1004, 1027 BGB), met niet toegestane handelingen en met verplichtingen uit het mededingings-, het auteurs-, en het octrooirecht.

De indirecte dwangmiddelen die par. 890 aangeeft: lijfswang en dwangsom (Ordnungshaft en Ordnungsgeld) hebben meer nog dan bij par. 888 een repressief karakter en kunnen slechts los van elkaar opgelegd worden. Verondersteld wordt een aan de schuldenaar toe te rekenen overtreding. Bovendien kan par. 890 pas aan bod komen wanneer het verbod duidelijk gemaakt is aan de schuldenaar (Androhung). Dit verbod moet zo helder en duidelijk mogelijk geformuleerd zijn. Het mag niet zo gecompliceerd zijn dat het slechts voor partijen begrijpelijk is. Onder het verbod valt niet alleen datgene wat er letterlijk mee strijdig is, maar ook datgene wat in het maatschappelijk verkeer als een surrogaat gezien wordt. Overigens is een verbodsmaatregel niet ontoelaatbaar als de handeling op zichzelf niet af te dwingen is.

Ook hier zien we dat slechts indirecte dwangmiddelen mogelijk zijn om de schuldenaar aan te zetten zich aan het gebod te houden. De overtreding van een gebod zal vaak niet terug te draaien zijn: de muziek heeft om vier uur door de nacht geschald, het geheim is geopenbaard.

<sup>582</sup> Blomeyer, par. 94 en 95; W. Bohm, Die Zwangsvollstreckung nach par. 890 ZPO, eine dogmatische Untersuchung, Schriften zum Prozessrecht, band 26, Berlin 1971; Dietrich; W.L. Pastor, Die Unterlassungsvollstreckung nach par. 890 ZPO. Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungstiteln, 3. neubearbeitete Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1982; Schonke-Baur-Sturner, par. 38 III; Schoenthal; Schumann, par. 78, III.

<sup>583</sup> Bohm, blz. 50 e.v. en 89 e.v. meent dat het onderscheid tussen par. 888 en par. 890 er in zit dat het in het laatste geval gaat om een voortdurende verplichting en in het eerste geval om een op zichzelf staande handeling. Dit zou betekenen dat bij par. 888 een Ordnungsmittel wordt opgelegd totdat de schuldenaar de in het vonnis genoemde handeling verricht heeft en dat dit bij par. 890 is zolang hij de in het vonnis genoemde handeling blijft verrichten.



## 9.2.4 De par. 894-898 ZPO

In dit onderdeel wordt de verwezenlijking van de plicht tot het afleggen van een wilsverklaring, zoals geregeld in de par. 894-898 ZPO behandeld.<sup>584</sup>

### 9.2.4.1 Par. 894 (Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung)

In par. 894<sup>585</sup> zien we een simpele oplossing voor het probleem van de executie van de plicht tot het verrichten van een handeling en speciaal voor het afleggen van een wilsverklaring. De schuldenaar wordt niet via directe of indirecte dwang ertoe aangezet de wilsverklaring toch af te leggen, wat onder invloed van het leerstuk van de wilsgebreken tot problemen aanleiding kan geven. Nee, in de gevallen dat vaststaat dat de schuldenaar de wilsverklaring moet afleggen, vindt executie plaats doordat de rechterlijke uitspraak gelijk gesteld wordt met de wilsverklaring. De rechterlijke uitspraak treedt in de plaats van, 'vervangt' de wilsverklaring, zodat verdere executiemaatregelen onnodig en ook ontoelaatbaar zijn. Aan deze executoriale werking ligt een Leistungsurteil (=condemnatoir vonnis) en niet een Gestaltungsurteil (= constitutief vonnis) ten grondslag. Het "vervangen" van de wilsverklaring op grond van par. 894 is een daad van tenuitvoerlegging, niet van recht scheppen.

Deze paragraaf heeft betrekking op de executie op grond van een vonnis dat de schuldenaar slechts ertoe veroordeelt een wilsverklaring met een bepaalde inhoud af te leggen. Daarbij is niet de vorm maar de inhoud beslissend om te beoordelen of zo'n uitspraak aanwezig is. Onbelangrijk is of op grond van de wilsverklaring een prestatie van de schuldenaar moet volgen, bijvoorbeeld overgifte van een zaak. Van even weinig belang is jegens wie de wilsverklaring afgelegd had moeten worden, dat kan ook een overheidsorgaan zijn, bijvoorbeeld de bewaarder der openbare registers. Ook kan de wilsverklaring tegenover een derde of in het buitenland afgelegd worden. Wordt het vonnis in het buitenland niet erkend, dan moet de schuldeiser de schuldenaar ex par. 888 tot het afleggen van een overeenkomstige verklaring aanspreken.

Het vonnis moet duidelijk aangeven welke verklaring door de schuldenaar afgegeven moet worden. Zo nodig moeten de gronden van het vonnis daarvoor geïnterpreteerd worden. Verschaft ook dit geen duidelijkheid, dan bestaat de mogelijkheid in het executieproces op grond van par. 888 een verduidelijking aan te brengen. Als deze oplossing in die procedure niet mogelijk is, moet de schuldeiser een nieuwe vordering indienen.

<sup>584</sup> Blomeyer, par. 90; Schonke-Baur-Sturner, par. 39; Schumann, par. 76.

<sup>585</sup> Vgl. Dietrich; O.K. Nietsch, Par. 894 ZPO. Das Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung als privatrechtsgestaltender Staatsakt unter besonderer Hervorhebung seiner Ersatzfunktion. diss. Hamburg 1965; H. Pantaleon genannt Stemburg, Probleme bei der Anwendung der fiktion von Willenserklärungen in der Zwangsvollstreckung, diss. Freiburg im Breisgau 1977.

Een voorbeeld van zo'n te onbestemde vordering is die waarbij gevraagd wordt de gedaagde te veroordelen alle voor de overdracht van de handelsonderneming van de gedaagde aan de eiser benodigd rechtshandelingen te verrichten. Een ander voorbeeld is het overdragen van een derde deel van het grondbezit aan de schuldeiser.

Wel toepasselijk is par. 894 als het gaat om een kadastrale inschrijving zoals de vestiging en doorhaling van hypotheek, de verklaring van overdracht van de eigendom van een stuk grond, andere inschrijvingen die in de registers moeten geschieden, processuele verklaringen als de volmachtverlening of het dechargeren van het bestuur van een vennootschap, een stemovereenkomst, de toestemming tot wijziging van het vennootschapscontract, de toestemming van de werkgever voor vakantie en het afsluiten van het hoofdcontract.

De werking van par. 894 treedt met het in kracht van gewijsde gaan van de veroordeling in, zonder dat daarvoor een executoriale clause of een nadere betekening nodig is. Vervangen wordt daarbij alleen de wilsverklaring van de schuldenaar. Is voor een rechtshandeling een bepaalde vorm van de wilsverklaring van de schuldeiser nodig, bijvoorbeeld bij de overdracht van onroerend goed, dan geldt deze als in de voorgeschreven vorm afgegeven.

Als het vonnis de keuze laat tussen twee wilsverklaringen of tussen de verklaring en de prestatie, dan kan de in de plaatsstelling pas op het moment van het uitoefenen van de keuze intreden. Hierbij moeten we onderscheiden of de schuldeiser dan wel de schuldenaar de keuze mag maken. Komt de keuzebevoegdheid aan de schuldeiser toe en heeft hij dit recht niet eerder uitgeoefend of verloren (vgl. par. 264 lid 2 BGB), dan kan hij de keus al maken zodra een voorlopig tenuitvoer te leggen vonnis verkregen is. De werking treedt echter pas in op het moment van het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak. Heeft de schuldenaar de keuze dan moet hij kiezen voordat de executie aanvangt, want anders mag de schuldeiser kiezen (vgl. par. 264 lid 1 BGB). De schuldeiser moet dan tegenover de schuldenaar verklaren dat hij zijn keuzerecht uitoefent, waarmee de executie begint.

Soms maakt het vonnis de aflegging van de wilsverklaring afhankelijk van een tegenprestatie. Dan wordt de in de plaatsstelling van kracht op het moment dat de schuldeiser een grosse van het vonnis in handen heeft gekregen. Deze grosse wordt pas door de griffier afgegeven als het bewijs van het vervuld zijn van de prestatie of als het bewijs van het weigeren van de in ontvangstname door de schuldeiser geleverd is. Volledigheidshalve wijs ik nog op het tweede lid. Het Duitse recht kent geen vordering tot het sluiten van een huwelijk (vgl. par. 888 lid 2). In tegenstelling tot wat gezien het verschil in bewoordingen tussen par. 894 lid 2 en par. 888 lid 2 zou doen vermoeden is de uitsluiting die gemaakt wordt in par. 894 lid 2 ook van toepassing op de eis tot herstel van het huwelijksleven.

#### 9.2.4.2 Par. 897 (Übergabe bei Verurteilung zur Übertragung)

Men verkrijgt de eigendom of een zakelijk recht op een roerend goed ook op grond van een vonnis vervangende de toestemming, gevolgd door overgifte van de zaak, vgl. par. 929, 1032, 1205 BGB. De toestemming wordt door middel van par. 894 geexecuteerd. Het vonnis veronderstelt de verklaring van de schuldenaar als afgegeven op het

moment van het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis. Veroordeelt het vonnis tot de verklaring onverbrekkelijk met een tegenprestatie te verrichten door de schuldeiser, dan geldt de verklaring van de schuldenaar als vervangen op het moment waarop de schuldeiser aan deze voorwaarde voldoet.

De schuldeiser hoeft vervolgens slechts de zijnerzijds benodigde verklaring te uiten, want par. 897 vervangt de noodzakelijke afgifte door een wegname die de deurwaarder verricht.

In een geval als dit mag de deurwaarder de zaak niet in bewaring van de schuldenaar laten, want omdat de deurwaarder optreedt als ambtenaar in de uitoefening van zijn functie en niet als vertegenwoordiger van de schuldeiser, is hij niet tot in bewaring geven bevoegd. Hetzelfde geldt als de schuldenaar de zaak vrijwillig overhandigt, want par. 754 maakt de deurwaarder tot in ontvangstname bevoegd.

De zaak geldt als overgedragen aan de schuldeiser op het moment waarop de deurwaarder deze bij de schuldenaar wegneemt of deze in ontvangst neemt. Vanaf dit moment geldt de schuldenaar als bevrijd en draagt de schuldeiser het risico. In het tweede lid gaat het om zakelijke zekerheidsrechten op onroerende zaken. De verwerving, de overdracht en de verpanding geschiedt in deze gevallen door overgifte van het papier. Dat is de reden dat lid 1 in zulke gevallen van overeenkomstige toepassing is verklaard.

#### 9.2.5 Het materiele recht

Zoals hiervoor al aangegeven werd, zijn formeel en materieel recht onlosmakelijk met elkaar verbonden. Daarom zal hieronder kort worden ingegaan op enkele bepalingen uit het Bürgerliches Gesetzbuch.

De belangrijkste bepaling waarop gewezen moet worden is par. 249 BGB. Uit deze bepaling komt duidelijk naar voren dat schadevergoeding in eerste instantie in natura plaats moet vinden. Als het enigszins mogelijk is, moet de schuldenaar de schuldeiser in de toestand brengen die zou bestaan wanneer de tot schadevergoeding verpflichtende omstandigheid, die uit de overeenkomst of de onrechtmatige daad voortvloeit, niet ingetreden zou zijn. Het is zelfs zo dat naar de hoofdregel alleen een aanspraak in natura bestaat en niet in geld. In de meerderheid van de gevallen staat het de schuldeiser echter vrij vergoeding in geld te vorderen, maar tegen de wil van de schuldeiser is vergoeding in geld slechts toegelaten in het geval van par. 251 lid 2.

Hier komt de grondregel naar voren dat de schuldeiser in principe moet krijgen waar hij recht op heeft, de schadevergoeding tot vereffening dient en geen strafrechtelijk karakter heeft. Daarnaast geldt het beginsel van volledig herstel en kent men geen beperking naar de mate van schuld of de persoonlijke omstandigheden van de betrokkenen. Deze bepaling is een nadere uitwerking van par. 241 BGB. Met enige goede wil is uit deze paragraaf het principe van de reële executie af te leiden.

Opmerking verdient dat het begrip "schade" niet alleen vermogensschade omvat, maar ook schade die door inbreuk op immateriele zaken is ontstaan. In dit laatste geval moet par. 253 BGB in de gedachtengang betrokken worden. Het voorschrift houdt in dat bij immateriele schade vergoeding in geld alleen is toegelaten in de bij de wet aangeduide

gevallen. Achtergrondgedachte daarbij is dat bij dit soort schade herstel in de hypothetische toestand door vergoeding in geld vaak niet mogelijk is.<sup>586</sup> Overigens heeft het toekennen van de mogelijkheid van herstel in natura slechts geringe praktische betekenis, omdat dit meestal onmogelijk is (vgl. de inbreuk op gezondheid, welzijn, eer, par. 823 BGB). Het uitgangspunt van par. 249 gaat echter niet zover dat een veroordeling om een ambtshandeling ongedaan te maken mogelijk is, slechts het waarborgen van een economische vereffening is mogelijk, vgl. ook par. 839 (Haftung bei Amtspflichtverletzung).

De schadevergoeding in geld is wel de aangewezen weg in die gevallen dat herstel in natura niet (meer) mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de zaak inmiddels verloren gegaan is. Het geld dat de schuldeiser ontvangt mag hij naar eigen goeddunken gebruiken, zo mag hij het bedrag ontvangen voor de (noodzakelijke) operatie door een plastisch chirurg uitgeven aan boeken. Hoe hoog het te ontvangen bedrag zal zijn, wordt aan de hand van een schatting bepaald.

Een andere bepaling die aandacht verdient is par. 910 (Überhang). Hier zien we een met art. 714 leden 2 en 3 BW te vergelijken paragraaf. Uit de rechtspraak en de literatuur blijkt dat slechts de (mede)eigenaar, niet de bezitter, de vruchtgebruiker of degene die een erfdiensbaarheid verkregen heeft, dit recht zonder meer mag uitoefenen. De anderen echter kunnen er toe gemachtigd worden.

Een voorschrift dat voorzover ik weet in Nederland geen equivalent kent,<sup>587</sup> is par. 962 (Verfolgungsrecht der Eigentümer), dat een regeling geeft voor bijhouders.<sup>588</sup> Deze voor zich sprekende bepaling gaat verder dan de par. 229 en 867 BGB. In deze paragrafen ontmoeten we voorbeelden van eigenrichting, ofwel in het Duits Selbsthilfe en (verbotene) Eigenmacht, vgl. par. 229-231, 561 en 858-867 BGB. Omdat eigenrichting slechts raakpunten vertoont met de reële executie, maar daar niet mee gelijkgesteld mag worden, wordt van verdere behandeling afgezien en slechts volstaan met de constatering dat ook in de Bondsrepubliek eigenrichting in principe niet geoorloofd is en uitsluitend onder de strenge voorwaarden van par. 229, etc. BGB toegelaten is.

<sup>586</sup> Bijvoorbeeld: een bruidspaar wil dat de filmontwikkelcentrale ervoor zorgt dat de zoekgeraakte trouwreportage teruggevonden wordt en heeft veel minder aan een bedrag in geld of een aantal nieuwe filmrolletjes. Daarmee zijn geen herinneringen te koop, die het opnieuw bekijken van de foto's juist wel oproepen. Zie echter Bundesverfassungsgericht 14.2.1973, BVerfGE 34, 269 = JZ 1973, 662: Die Rechtsprechung der Zivilgerichte, wonach bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Ersatz in Geld auch für immaterielle Schäden beansprucht werden kann, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

<sup>587</sup> Vgl. echter de (inmiddels geschrapte) artt. 5.2.13 en 5.2.17 lid 3 van het oorspronkelijk ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Blijkens PG 5, blz. 12, plegen bijen die een korf bevolken geen bijen van een ander volk toe te laten, zodat zich in de praktijk geen probleem zal voordoen.

<sup>588</sup> Der Eigentümer des Bienenschwarms darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten. Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarmes zum Zwecke des Einfangs die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen.

## 9.2.6 Zwitserland

Voor ons onderwerp is het van belang te weten dat de 23 kantons die deze bondsstaat<sup>589</sup> vormen nog altijd veel zaken aan zich gehouden hebben. Waar het materieel privaatrecht een bondszaak geworden is,<sup>590</sup> bleef het formeel privaatrecht, het burgerlijk procesrecht, een kantonale zaak. Dit betekent dat het recht van kanton tot kanton kan verschillen. Dankzij de eenheid die op materieel privaatrechtelijk gebied bestaat en waartoe het equivalent van de reële executie behoort, kan echter toch een voor geheel Zwitserland geldend overzicht gegeven worden.

In de vorige eeuw heeft de Franse Code Civil een stempel gedrukt op het verbintenissenrecht. In de artt. 110-112 Schweizerisches Obligationenrecht 1881 werden de beginselen van de Franse artikelen 1142-1144 Code Civil overgenomen. Deze artikelen stonden echter aan sterke kritiek bloot en werden veelal zo uitgelegd dat hier het principe uitgesproken was dat niemand tot het uitvoeren van een strikt aan de persoon zelf gebonden handeling gedwongen zou kunnen worden. Daarnaast kende het kantonale privaatrecht, voorzover dat door de invoering van het Obligationenrecht in 1881 niet afgeschaft was, de reële executie van verbintenissen en werd dit ook geoorloofd geacht.<sup>591</sup>

Tenslotte bestond er verschil van opvatting over de inhoud van de artt. 110-112. Waren dit materiële normen die geïnterpreteerd konden worden, legden deze normen een verbod van reële executie op of betrof het regels van burgerlijk procesrecht waarbij de kantons een taak hadden in de uitwerking?

Al deze juridische onenigheid had tot gevolg dat in het nieuwe Obligationenrecht in 1911 tot stand gekomen, gebroken werd met het Franse voorbeeld en dat nakoming van de verplichting voorop staat. Welis-

<sup>589</sup> David, no. 81, 100, 102, 103, 104, 107, 111 en 113; A. Egli, Die Realerfüllung im Schweizerischen Recht, diss. Basel 1929; A. Gross, De l'exécution forcée des obligations non pecuniaires, diss. Lausanne 1934; Th. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 1980 (7. Aufl.); Lubbers, blz. 186 en 191; P. Messerli, Die Vollstreckung des Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung nach art. 407, 408 der Bernischen Zivilprozessordnung, Bern 1983; Nietsch, blz. 34; H. Pfenniger, Die Realexécution im Schweizerischen Recht, diss. Zurich 1924; Sauveplanne, blz. 111 e.v.; P.R. Schobert, Die Realerfüllung, insbesondere nach anglo-amerikanischen Recht, diss. Bern 1952; Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Gemeinsames Skriptum der Professoren P. Gauch und W.R. Schluep zur Erinnerung an Professor P. Jaggi, Zurich 1981; Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von M. Gutzwiller u.a., Basel-Stuttgart, 8 dl. 1969 e.v.; Treitel, Int. Enc. of Comp. Law, no. 16; P. Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. bearb. von B. Schnyder, Zurich 1979; Van Velten, diss. blz. 213 e.v.

<sup>590</sup> Art. 64 Bundesverfassung. Een van de redenen dat er een Zivilgesetzbuch uit 1907 (ZGB) bestaat, waarvan het verbintenissenrecht geen deel uitmaakt, is dat op verbintenissenrechtelijk gebied unificatie eerder mogelijk was dan op de andere gebieden van het materieel privaatrecht; vgl. Obligationenrecht 1881.

<sup>591</sup> Vgl. Egli, blz. 44 en 48; Pfenniger, blz. 24; Schobert, blz. 31.

waar is de aanspraak op reele executie niet uitdrukkelijk in de wet neergelegd, toch bestaat daaromtrent geen twijfel. Dat het een onlosmakelijk onderdeel van de verbintenis betreft en dat nakoming voorop staat, is af te leiden uit de artt. 97, 98 en 107.<sup>592</sup> Slechts in uitzonderingsgevallen bestaat er geen mogelijkheid om tot reele executie over te gaan.<sup>593</sup> Daarbij moeten we denken aan gevallen dat helemaal geen vordering ingesteld kan worden, zoals dat het geval is bij een natuurlijke verbintenis of in het geval er sprake is van verjaring, aan gevallen van feitelijke onmogelijkheid, zoals de gevallen waarbij het aankomt op een aan de persoon gebonden prestatie van bijvoorbeeld een beeldhouwer of een schilder, en aan gevallen van onbillijkheid. Een voorbeeld van deze laatste mogelijkheid biedt het geval van intekenaren op een nog niet geheel verschenen encyclopedie, waarbij het verschijnen van de verdere delen niet afgedwongen kan worden als de kosten tot buiten elke proportie oplopen. Daarnaast zijn er nog enkele buitengewone gevallen die een uitzondering op de hoofdregel vormen. Te noemen vallen: art. 91 ZGB (verloving maakt geen vordering tot het aangaan van een huwelijk mogelijk), art. 173 ZGB (in de regel is geen executie tussen echtgenoten mogelijk) en art. 211 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (het faillissement doorkruist alle aanspraken).

Vervolgens zullen we aandacht schenken aan enige speciale gevallen van reele executie (Realexekution, Realerfüllung of Realvollstreckung naar Zwitsers juridisch taalgebruik). We zullen daarbij achtereenvolgens de verbintenis om te geven, om te doen en om niet te doen de revue laten passeren.<sup>594</sup>

Bij verbintenissen om te geven springt de overdracht van onroerend goed naar voren. Naar Zwitsers recht heeft de schuldeiser het recht om zolang dit nog mogelijk is de vervulling van de verbintenis te verrichten. Weigert de eigenaar de voor overdracht benodigde handelingen te verrichten, dan kan de deurwaarder de inschrijving bij het kadaster verrichten en daarmee de schuldeiser van rechtswege tot eigenaar maken (art. 963 lid 3 ZGB). Wat roerend goed betreft moeten we onderscheiden. Gaat het om vervangbare goederen, dan moet de schuldeiser zich op grond van art. 97 OR tevreden stellen met schadevergoeding in geld, omdat naar de mening van de wetgever de schuldeiser met behulp van dit geld toch nog de oorspronkelijke prestatie kan verkrijgen door een derde in te schakelen. Gaat het echter om speciale goederen, dan verkrijgt de schuldeiser deze wel zelf, zonodig wordt het goed met politiehulp weggenomen, tenzij de schuldenaar kan aantonen het goed niet meer in bezit te hebben, bijvoorbeeld omdat het verbrand is. Dan rest de schuldeiser niets anders dan schadevergoeding in geld. Gaat het om een dubbele verkoop, dan zal de oorspronkelijke koper zich tevreden moeten stellen met schadevergoeding in geld, als de levering al plaatsgevonden heeft. Ook dit is uit art. 97 OR af te leiden. Naar Zwitsers recht verkrijgt de koper slechts een

<sup>592</sup> Tevens blijkt uit deze bepalingen dat de Zwitserse wetgever zich toch niet geheel kon onttrekken aan het Franse voorbeeld. Gauch en Schluep zien meer in schadevergoeding in geld. Vgl. nrs. 1657 en 1820.

<sup>593</sup> Gauch en Schluep, nrs. 43 e.v., 1573 e.v., nr. 1657, nr. 1807 e.v.; Schobert, blz. 37 e.v.

<sup>594</sup> Vgl. Schobert, blz. 92 e.v.; Gauch en Schluep, nr. 47-48, nrs. 1573 e.v., speciaal nrs. 1580-1589; Schw. Privatrecht, VII 1 blz. 109 e.v.

persoonlijk recht tegen de verkoper, geen recht tegenover de derde en geldt er geen regel "nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet." Heeft de verkoper de zaak al geleverd aan de tweede koper, dan verkeert hij in de onmogelijkheid aan de overeenkomst te voldoen. De zaak leveren kan niet meer, zodat als enige remedie overblijft schadevergoeding in geld.

Gaat het om een verbintenis om te doen, dan zien we dat het Zwitsers recht op dit punt vrijwel identiek is aan het Duitse recht. Ook hier zien we de mogelijkheid om bij "vertretbare Handlungen" gemachtigd te worden een derde op kosten van de schuldenaar te laten presteren (vgl. art. 98 OR),<sup>595</sup> om bij "unvertretbaren Handlungen" te werken met indirecte dwangmiddelen als het betalen van een dwangsom of het gebruiken van lijfswang en om het afleggen van een wilsverklaring uitgaande van een fictie door een rechterlijke uitspraak te vervangen<sup>596</sup> wanneer het gaat om een wilsverklaring die slechts werking heeft tussen partijen.

Betreft het een verbintenis om niet te doen of om te dulden, dan bestaat er een mogelijkheid de rechter een uitspraak tot herstel in de oude toestand te vragen. Is er geen herstel mogelijk, het ging bijvoorbeeld om het doorgeven van vertrouwelijke informatie, dan kan slechts schadevergoeding in geld gevraagd worden.

### 9.3. ANGLO-AMERIKAANSE EN ANGLO-ROMAANSE STELSELS

#### 9.3.1 Engeland

##### 9.3.1.1 Algemeen

Om misverstanden te voorkomen, merk ik direct op dat met bovenbedoelde aanduiding niet bedoeld is aan te geven, dat hieronder het recht zoals dat aan de overzijde van de Noordzee geldt aan bod komt. Nee, het onderstaande zal slechts betrekking hebben op Engeland en

<sup>595</sup> Een speciale uitwerking van art. 98 OR vinden we bij het "Werkvertrag" (aanneming van werk), art. 366 lid 2 OR, waar zonodig zonder rechterlijke machtiging kan worden opgetreden: een gelegaliseerde vorm van eigenrichting. Vgl. Schw. Privatrecht VII 1, blz. 522 e.v.

<sup>596</sup> Het betreft hier een processuele handeling van de rechter die mitsdien behoort tot het burgerlijk procesrecht en dus tot het terrein van de kantonale wetgever. Vgl. Messerli in zijn proefschrift.

<sup>597</sup> Zie over het Engelse recht (en ruimer het Anglo-Amerikaanse recht): H. Beale, Remedies for the Breach of Contract, London 1980, blz. 125-144; Blaauw, blz. 45 e.v.; Cheshire and Fifoot's Law of Contract, tenth edition by M.P. Furmston, London 1981, blz. 559-566; N. Cohen-Grabelsky, Interference with Contractual Relations and Equitable Doctrines, Modern Law Review, volume 45, 1982, blz. 241-267; David, no. 18, 33, 36, 38, 72 en 263 e.v.; Halsbury's Laws of England, fourth edition under the editorship of

Wales.<sup>597</sup> Schotland en Noord-Ierland, delen van het United Kingdom,<sup>598</sup> kennen hun eigen recht dat grotendeels, maar niet op alle onderdelen, parallel loopt aan het Engelse recht.

Er wordt wel opgemerkt dat het Engelse recht zo geheel anders is dan het continentale (en voor ons speciaal het Nederlandse) recht. Dat deze zienswijze niet geheel uit de lucht gegrepen is, blijkt uit de navolgende punten.

Allereerst valt op te merken dat het recht in het concrete rechtsgeding gevormd wordt en niet afgeleid wordt uit abstracte, algemeen geldende regels. Het rechtstelsel bestaat in feite uit een aaneenschakeling van praktijkoplossingen. Anders gezegd: de Engelse rechtsregel vormt niet de neerslag van een algemeen rechtsbeginsel, maar de veralgemening van de concrete oplossing. De Engelse jurist gaat dan ook niet uit van het recht om daar een rechtsmiddel aan te ontleen, maar hij vraagt zich af of er in het concrete geval een rechtsmiddel verleend zal worden waaruit het recht kan worden afgeleid.<sup>599</sup> Nauw verband hiermee houdt dat er geen codificatie tot stand is gekomen. Daaraan bestond ook weinig behoefte door de sterk gecentraliseerde rechtspraak: alle Engelse zaken van enig belang werden te Westminster behandeld. Hierdoor ontstond een sterke mate van rechtseenheid. Een ander verschil is het grote gezag dat toegekend wordt aan precedents: de rechter beslist van geval tot geval, waarbij een eenmaal beslist geval een precedent vormt dat later in soortgelijke gevallen gevolgd wordt. Daarbij moet bedacht worden dat de uitspraken van hogere rechters de lagere rechters binden, terwijl de rechterlijke instanties zich in beginsel aan hun eerdere uitspraken gebonden achten. Bovendien kan een

---

Lord Hailsham of St. Marylebone, vol. 24 *Injunction*, vol. 44 *Specific Performance*, London 1979 en 1983; J.H. Herbots, *Rechterlijk gebod en verbod in Engeland*, in het bijzonder in het contractenrecht, TPR 1983, blz. 1049-1190; Lokin en Zwolve, blz. 421 e.v., spec. blz. 453 e.v.; Lubbers, blz. 198 e.v.; Sauveplanne, blz. 137 e.v.; Snell's *Principles of Equity*, 27. ed. by R.E. Megarry and P.V. Baker, London 1973, blz. 573-600; J.C.F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 2. ed. London 1980; G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 6. ed. London 1983, blz. 764-785; C.Ae. Uniken Venema, *Van common law en civil law*, Zwolle 1971; M. Vanwijck-Alexandre, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme, les droits belge et français face à l'"anticipatory breach" de la common law*, Liege 1982. *Collection scientifique de la faculté de droit de Liège*, no. 46, speciaal blz. 181-194, 211-251, 294-307, 458-464, 509-515; Van Velten, diss., blz. 189 e.v.; Zweigert und Kötz, blz. 192 e.v.

<sup>598</sup> Vgl. David, no. 264 en Sauveplanne, blz. 151 noot 15: Staatsrechtelijk moet een onderscheid gemaakt worden tussen Engeland (Engeland en Wales), Great Britain (Engeland en Schotland) en het United Kingdom (Great Britain, Noord-Ierland, Kanaal-eilanden). Een geheel eigen positie neemt het eiland Man in. Overigens behoort Schotland niet tot de Anglo-Amerikaanse rechtssystemen, maar tot de Anglo-Romeinse rechtssystemen; vgl. Sauveplanne, blz. 207 e.v. In de serie *The British Commonwealth, the development of its laws and constitutions*, London 1955, wordt in vol. I *The United Kingdom* behandeld en wel afzonderlijk: England and Wales, Northern Ireland, Isle of Man, Scotland, The Channel Islands. Zie voor Schotland par. 9.3.4.

<sup>599</sup> David, no. 267 e.v., 337 e.v. en Sauveplanne, blz. 140.



uitspraak van een lagere rechter zoveel overtuigingskracht bezitten, dat de hogere rechter zich er aan houdt. Verder geldt de stare decisis-regel<sup>600</sup> zodat de rechter gehouden is aan zijn eerdere beslissingen in een dergelijk geval. Een Engelse jurist vraagt zich dan ook af of al eens een soortgelijk geval beslist is en zo ja, op welke wijze. Het laatste grote punt van verschil is de totstandkoming van voorschriften. Op het continent zijn het in de regel de vertegenwoordigende lichamen als de Staten-Generaal die een belangrijk deel van het tot stand brengen van algemeen verbindende voorschriften voor hun rekening nemen. In Engeland vormt dit wettenrecht slechts een minderheid van de totale regelingen. Zoals uit het bovenstaande al blijkt, behoren ook de rechterlijke uitspraken tot de "wetgeving".

### 9.3.1.2 Common law en equity, real property en personal property

Naast het common law-recht, dat berust op de rechtscheppende activiteiten van de Koning en later de koninklijke Courts of Law om de vrede in het land te handhaven, en op het gewoonterecht dat daaruit ontstond, bestaat het zogenaamde equity-recht. De verstarring van het common law-recht is te beschouwen als de oorzaak van het ontstaan van het equity-recht. Aangezien voor de common law op grond van het tweede Statute of Westminster (1285) gold dat voor vergelijkbare gevallen dezelfde uitspraak gegeven moest worden, bleek een toenemend aantal burgers met de middelen van de common law niet geholpen te kunnen worden, hoewel alle overwegingen van billijkheid (=equity) te hunnen gunste spraken. Zij wendden zich tot de Koning en deden een beroep op zijn goedertierendheid. Bovendien achtte de common law-rechter zich niet bevoegd partijen bepaalde bevelen te geven, bijv. om een handeling te verrichten of na te laten. Zo ontstond naast de common law een aparte vorm van rechtspraak: equity. De werking blijkt het beste uit een voorbeeld: heeft iemand door onjuiste inlichtingen te geven een ander aan zich gebonden, dan bestaat volgens common law een vorderingsrecht, maar volgens equity wordt verboden van dit recht gebruik te maken.<sup>601</sup> Het toch uitoefenen van het vorderingsrecht levert "contempt of court"<sup>602</sup> op en wordt gesanctioneerd met gevangenisstraf of een boete. Het betreft hier in feite een strafrechtelijk equivalent van onze privaatrechtelijke dwangsom.<sup>603</sup> Het verschil tussen common law en equity kan ook als volgt worden duidelijk gemaakt. In de common law-procedure baseert de rechter zich uitsluitend op de feiten en de zakelijke aspecten van het geval, waarbij persoonlijke gedragingen en hoedanigheden geen enkele rol spelen. Bij equity daarentegen vormen juist de persoonlijke omstandigheden van partijen de basis voor de beslissing of het wel of niet billijk is in de

<sup>600</sup> Vgl. David, no. 333 en 399 e.v.

<sup>601</sup> Een ander voorbeeld kunnen we ontleen aan William Shakespeare's Merchant of Venice: volgens common law heeft Shylock recht op een pond vlees, maar equity maakt verwezenlijking van dit recht onmogelijk door hem te verbieden bloed te vergieten (Act IV, scene 1). Zie ook het door Sauveplanne, blz. 145, genoemde voorbeeld van de "Cambridge College Case" (midden vijftiende eeuw). Zie over Equity, Halsbury's vol. 16, 1976.

<sup>602</sup> Vgl. David, no. 283, 300 en 330.

<sup>603</sup> Vgl. Blaauw, blz. 47. Zie ook Halsbury's vol. 9, 1974.

concrete situatie in te grijpen. Ofwel: common law acts in rem, equity acts in personam.<sup>604</sup>

Het conflict dat zich tussen common law en equity kan voordoen is via de volgende regels op te lossen: pas als een common law-uitspraak in concreto een onbillijk resultaat oplevert mag de equity-rechter optreden (equity follows the law);<sup>605</sup> terwijl als de equity-rechter een beslissing genomen heeft, de common law-rechters deze uitspraak moeten respecteren (equity prevails).

Naast common law en equity bestaat statute law, dat overeenkomt met de "gewone" continentale wetten en veelal een regeling geeft waaraan pas de laatste eeuw behoefte is ontstaan (Law of Property Act 1925, Sale of Goods Act 1893 en 1979, Judicature Act 1925). Statute law gaat voor een vergelijkbare regeling op grond van equity of common law.

Al bestaat er wel één rechterlijke organisatie, tot een materieelrechtelijke fusie heeft dit nog niet geleid.

De het continentale recht zo typerende onderscheiding in zakelijke en persoonlijke rechten speelt in het Anglo-Amerikaanse recht geen rol. De onderscheiding tussen real property en personal property die wij daar vinden, betreft het recht dat betrekking heeft op onroerend goed respectievelijk roerend goed. Dit heeft (waarschijnlijk) tot gevolg gehad dat een met de reële executie direct overeenstemmend leerstuk zich niet heeft kunnen ontwikkelen, wel zijn er twee onderdelen van het equity-recht die een met de reële executie te vergelijken resultaat benaderen: specific performance en injunction.

### 9.3.1.3 Specific performance en injunction

Specific performance is een gebod van de equity-rechter aan de partij die zich aan wanprestatie schuldig maakt om de overeenkomst uit te voeren. Volgens common law is het niet mogelijk iemand bij wanprestatie tot nakoming van de aanvaarde verplichting te dwingen en is als enig rechtsmiddel schadevergoeding in geld mogelijk. Omdat de behoefte aan nakoming van de plicht steeds sterker werd, wendde men zich tot de equity-rechter die een bevel tot nakoming (decree for specific performance) richtte tot de partij die zich schuldig maakte aan de wanprestatie. Black's Law Dictionary<sup>606</sup> geeft de volgende omschrijving van specific performance:

"The remedy of performance of a contract in the specific form in which it was made, or according to the precise terms agreed upon. The actual accomplishment of a contract by a party bound to fulfill it. The doctrine of specific performance is that, where damages would be an inadequate compensation for the breach of an agreement, the contractor or the vendor will be compelled to perform specifically what he has agreed to do. With respect to the sale of goods, specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances. The decree for specific performance may include such terms

<sup>604</sup> Vgl. David, no. 300.

<sup>605</sup> Vgl. David, no. 298 en 299.

<sup>606</sup> Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, by Henry Campbell Black, 5. ed., St. Paul. Minn., 1979. Zie ook Van Nispen, no. 178.

and conditions as to the payment of the price, damages or other relief as the court may deem just."

Hieruit blijkt dat een *conditio sine qua non* voor de verlening van specific performance is, dat schadevergoeding geen passende vergoeding is. Aan die voorwaarde wordt geacht te zijn voldaan bij de (ver)koop van onroerend goed: het goed wordt geacht onvervangbaar te zijn. Niet aan deze voorwaarde is voldaan bij de (ver)koop van aandelen of het (uit)lenen van geld. Aldus is de nakoming van een verplichting in het Engelse recht niet primair, zoals bij ons, maar slechts secundair.<sup>607</sup> Wel is naar Engels recht de leveringsplicht van onroerend goed afdwingbaar.<sup>608</sup> Het vonnis waarbij een decreet for specific performance verleend is, geeft de verkrijger het recht om als de vervreemder ook daarna in gebreke blijft te leveren, een "order vesting the land in him or appointing someone to convey it to him" te vragen.<sup>609</sup> Voor de aflevering van roerende goederen geldt dat op grond van de Torts (Interference with Goods) Act 1977, special section 4, in het rechterlijk bevelschrift bepaald kan worden dat het goed moet worden afgeleverd aan de eiser of aan een persoon die daartoe door de rechtbank wordt aangesteld.<sup>610</sup>

Zoals we hierboven gezien hebben is equity ontstaan op grond van de billijkheid en speelt het billijkheidsoordeel van de rechter een grote rol. Dat uit zich er in dat de specific performance-verlening een discretionaire bevoegdheid is.<sup>611</sup> Dit betekent dat er geen recht op een decreet for specific performance bestaat, zoals in Nederland wel recht op een veroordeling tot nakoming bestaat. Overigens ook de artt. 1276 en 1277 BW houden geen recht op reële executie in.

Al staat het billijkheidsoordeel van de rechter voorop, wel hebben zich enige algemene richtlijnen ontwikkeld. Zo zijn onder meer de volgende overeenkomsten niet vatbaar voor de verlening van specific performance:<sup>612</sup>

<sup>607</sup> Vanwijck-Alexandre, blz. 185, 189. Zie ook Jowitt's Dictionary of English Law, 2. ed., London 1977, blz. 1683-1684 (t.a.v. specific performance) en blz. 975-976 (t.a.v. injunction).

<sup>608</sup> Uit Freevale Ltd. v. Metrostore Holdings Ltd., (1984) 1 All ER, 495, blijkt dat specific performance van een overeenkomst tot verkoop van grond mogelijk is als de verkoper inmiddels in staat van faillissement is geraakt; toekenning van schadevergoeding in geld is speciaal in dat soort gevallen geen passende vergoeding, omdat het sterk de vraag is in hoeverre de koper ook werkelijk dit bedrag zal ontvangen.

<sup>609</sup> Vgl. Lubbers, blz. 202-203 met de daar gegeven verwijzingen.

<sup>610</sup> Herbots, blz. 1080.

<sup>611</sup> Patel v. Ali, (1984) 1 All ER 978: specific performance van overeenkomst tot verkoop huis afgewezen, nu de koper effectivering van de koop vorderde na vier jaar en verkoopster inmiddels in geheel gewijzigde omstandigheden verkeerde (been afgezet, drie kleine kinderen) en op de hulp van vrienden en burens aangewezen was.

<sup>612</sup> Treitel, blz. 752, signaleert een tendens om in gevallen waar vroeger een decreet for specific performance geweigerd zou worden deze nu wel te verlenen. Zie ook blz. 754, 756, 759, 761. Vgl. Beswick v. Beswick, (1967) 2 All E.R. 1197, Posner v. Scott-Lewis, (1986) 3 WLR 531 en Vanwijck-Alexandre, blz. 188 e.v.

a. overeenkomsten met een kortstondig belang, zoals huur voor een periode die al bijna verlopen is;

b. overeenkomsten waar het gaat om een arbeidsprestatie of waar het aankomt op de bekwaamheid van de wederpartij persoonlijk, want er mag geen dwang op de persoon zelf uitgeoefend worden, bijv. het optreden van een zangeres;<sup>613</sup>

c. overeenkomsten die tegen de wet ingaan of immoreel zijn, vgl. het geval dat eisers gedrag ten tijde van het aangaan van de overeenkomst minder juist was, al was niet sprake van een erkende vernietigingsgrond. In de zaak *Denne-Light* (1857, 8 De GM & G 774) ging het om een stuk land dat verkocht was, maar dat uitsluitend te bereiken was als de eigenaren van de omliggende landerijen bereid waren een recht van overpad te geven;

d. overeenkomsten die voortdurend toezicht nodig maken, bijvoorbeeld het onderhouden van een spoorlijn of het bouwen van een huis, en

e. overeenkomsten die zo vaag zijn dat de rechter geen uitspraak kan formuleren, vgl. de plicht voor een maandblad een artikel te publiceren, waarvan echter nog geen definitief manuscript bestaat.

Hieruit blijkt dat er een grote mate van overeenstemming bestaat met de vereisten voor reële executie. Anderzijds wordt wel de eis gesteld dat partijen op voet van gelijkheid staan<sup>614</sup> in die zin dat beiden met succes een decreet for specific performance zouden kunnen eisen: dus niet op vordering van een minderjarige, aangezien specific performance-verlening tegen een minderjarige niet mogelijk is.

Werd bij specific performance een gebod gegeven door de rechter en moest actief worden opgetreden door de wederpartij, bij verbintenissen om niet te doen kan het van belang zijn om een verbod gericht tot de wederpartij te verkrijgen.

Black's Law Dictionary geeft bij injunction de volgende opmerkingen:

"A prohibitive equitable remedy issued or granted by a court at the suit of a party complainant, directed to a party defendant in the action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding the latter to do some act, or to permit to commit, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff and not such as can be adequately redressed by an action at law. A judicial process operating in personam, and requiring person to whom it is directed to do or refrain from doing a particular thing."

Om een injunction te kunnen verkrijgen komt het er op aan dat de bestanddelen van de overeenkomst negatief zijn dan wel dat de vorm negatief is. Vgl. A heeft zich verplicht al zijn melk bij B af te nemen. Dit betekent dat A zijn melk niet bij C, D, E, etc. mag kopen. B kan een injunction verkrijgen dat A niet van C mag afnemen. Hierbij doet het er niet toe of A al dan niet melk (omdat hij alleen koffie drinkt)

<sup>613</sup> *Lumley v. Wagner*, (1852) 1 De GM & G 604. De Merchant Shipping Act 1894, sections 222-224 maakte een uitzondering op de hier genoemde regel. Het ging om deserterende zeelieden die met of zonder rechterlijk verlof teruggebracht mochten worden naar het schip. Zie nu Merchant Shipping Act 1970, section 89 (gevonden bij Treitel, blz. 771, noot 33). In *Posner v. Scott-Lewis*, (1986) 3 WLR 531 werd specific performance mogelijk geacht van de verplichting omeeen inwonende huismeester in dienst te hebben die de nodige werkzaamheden in een flatgebouw kon verrichten.

<sup>614</sup> *Sutton v. Sutton*, (1984) 1 All E.R. 168.

van B afneemt. Andere voorbeelden zijn:

- wanneer een huurder in strijd met de Rent Act 1977 zijn huis uitgezet is, is een injunction die de uitzetter gebiedt de huurder toegang en verblijf te gunnen het aangewezen middel. Het toekennen van schadevergoeding zou gedrag in strijd met de Rent Act juist aanmoedigen;
- het verwijderen van overhangende takken;
- het bevelen van de afbraak van een gebouw dat in strijd met een overeenkomst werd opgericht <sup>615</sup>

Vaak is de verplichting zowel in positieve als in negatieve zin geformuleerd. Een negatieve formulering is vaak toegevoegd omdat de rechter gemakkelijker een injunction dan een decree for specific performance verleent <sup>616</sup>. Een voorbeeld om dit te verduidelijken. Een zangeres heeft zich verbonden op te treden in een bepaald theater, maar treedt elders op. De rechter zal haar niet verplichten om in het bij overeenkomst vastgelegde theater op te treden, maar zal wel geneigd zijn haar te verbieden elders op te treden. Het is zelfs zo, dat ook al is een verplichting volledig positief geformuleerd, de rechter soms toch een injunction verleent waarin bepaalde handelingen die in strijd zijn met de betrokken verplichting verboden worden. Ook hier geldt dat van een injunction geen sprake kan zijn als schadevergoeding of een ander rechtsmiddel een redelijke oplossing biedt (ik roep hierbij in herinnering dat de veroordeling tot ontruiming of tot afgifte van onroerend respectievelijk roerend goed mogelijk is) en dat het een discretionaire bevoegdheid van de rechter betreft, zodat geen recht op een injunction bestaat. Een punt van verschil is dat het decree for specific performance uitsluitend bij overeenkomsten voorkomt en de injunction ook op andere rechtsgebieden, bijvoorbeeld torts (onrechtmatige daden).

De rechter houdt het onderscheid tussen injunction en decree for specific performance goed in het oog. Het gebeurt dan ook niet dat hij via de omweg van een injunction de nakoming van de verplichting in feite toch afdwingt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de procedures *Lumley-Wagner* (1852, 1 DM & G 604) en *Warner Bros. Pictures Inc.-Nelson* (1937, 1 KB 209). <sup>617</sup> In het eerste geval had de zangeres Wagner zich verbonden om gedurende drie maanden op te treden in eisers theater en om gedurende deze periode niet ergens anders zonder schriftelijke toestemming van Lumley op te treden. Via een injunction werd haar verboden op te treden in een theater toebehorend aan Gye. <sup>618</sup>

In het andere geval ging het om de bekende filmster Bette Davis die zich contractueel had verbonden voor Warner Brothers te werken en geen andere werkzaamheden te verrichten. Toen zij echter wel voor een andere maatschappij ging optreden werd door Warner Brothers een injunction gevorderd. De rechter vaardigde een verbod uit, maar met de beperking tot het optreden als filmactrice en hij overwoog daarbij tevens <sup>619</sup> "that a promise by a servant not to work in any capacity

<sup>615</sup> Vgl. Herbots, blz. 1070 e.v.

<sup>616</sup> Vanwijck-Alexandre, blz. 192.

<sup>617</sup> *Page One Records Ltd. v. Britton*, (1968) 1 WLR 157 continueert deze uitspraak. Zie ook G.W. Keeton and D. Lloyd, *The British Commonwealth*, vol. 1, The United Kingdom, England and Wales, London 1955, blz. 351-352.

<sup>618</sup> Er is ook een procedure *Lumley-Gye*, (1853) 2 E & B 216. Zie over de uitspraak *Lumley-Wagner* ook *Spry*, blz. 508-540.

<sup>619</sup> Op blz. 216.

except for the masters cannot be enforced by injunction since this would be to drive the defendant either to starvation or to specific performance of the positive covenants to serve."<sup>620</sup>

Zoals hierboven al aangeduid bestaat er in het Engelse recht ook een met onze wetgeving overeenstemmend begrip: statute law. De laatste honderd jaar is er behoefte ontstaan aan wettelijke regelingen. Als één van de oorzaken hiervoor noem ik de onoverzichtelijkheid van de snel groeiende hoeveelheid rechtersrecht, met name op het gebied inzake het contractenrecht en het recht betreffende de torts (onrechtmatige daden). Veelal gaat het dan ook om een codificatie van common law en equity.

Ook in deze statute law vinden wij bepalingen die te maken hebben met reële executie. Hiervoor werd al gewezen op de Torts (Interference with Goods) Act 1977 en de Merchant Shipping Act 1894.

Met name in section 52 van de Sale of Goods Act 1893 en die van 1979, section 45 lid 3 van de Judicature Act 1925<sup>621</sup> en section 135 van de Law of Property Act 1925 vinden we artikelen die overeenstemming vertonen met ons begrip reële executie.

In de Sale of Goods Act 1979 is de inhoud van section 52 niet wezenlijk veranderd,<sup>622</sup> er zijn slechts veranderingen ter verduidelijking aangebracht:

(1) In any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages.

(2) The plaintiff's application may be made at any time before judgment or decree.

(3) The judgment or decree may be unconditional, or on such terms and conditions as to damages, payment of the price and otherwise as seem just to the court.

(4) The provisions of this section shall be deemed to be supplementary to, and not in derogation of, the right of specific implement in Scotland.

Dat de wet hier een decree for specific performance toelaatbaar acht, betekent niet dat hier sprake is van een recht. Ook in deze gevallen houdt de rechter een discretionaire bevoegdheid en mag hij alle belangen afwegen. Daarbij gaat hij zeker na in hoeverre schadevergoeding in geld een adequate oplossing vormt.

Opmerkelijk is dat naar het Anglo-Amerikaanse recht geen uitdrukkelijke rechterlijke machtiging van de schuldeiser tot het (doen) verrichten van de betreffende prestatie op kosten van de schuldenaar voorkomt. Indirect geschiedt dit echter wel: de schuldeiser laat een derde voor hem de handeling verrichten en vordert het aan deze derde betaalde als schadevergoeding van zijn schuldenaar.

<sup>620</sup> Herbots, blz. 1099 e.v., geeft een voorbeeld hoe een procedure kan lopen.

<sup>621</sup> Inmiddels vervallen; de Supreme Court Act 1981 section 37 vangt wel de eerste twee leden, maar niet het derde van section 45.

<sup>622</sup> Zie M.C. Blair, Sale of Goods Act 1979, London 1980, par. 17, 46, 159; Treitel, Specific performance in the sale of goods, Journal of Business Law 1966, blz. 211 e.v., speciaal 216 e.v.

Hierboven hebben we gezien dat schadevergoeding in geld het uitgangspunt is van het Engelse recht, maar dat in een aantal gevallen op grond van equity of statute law de schuldeiser toch kan verkrijgen waar hij recht op heeft. In hoeverre er een tendens bestaat om in plaats van schadevergoeding in geld specific performance voorop te stellen is moeilijk waarneembaar. Zo wordt de verkoper van goederen die makkelijk verkrijgbaar zijn slechts tot levering veroordeeld als de schadevergoeding moeilijk vast te stellen is en/of niet (geheel) zal zijn te verhalen, terwijl section 52 Sale of Goods Act 1979, waar de Engelse wetgever zich door middel van statute law duidelijk uitspreekt voor nakoming, mede met het oog op de paritas creditorum weinig wordt toegepast.<sup>623</sup>

Bijna aan het eind gekomen van deze paragraaf, mag nog het volgende kort vermeld worden. Allereerst dat een zeer snelle en informele procedure bestaat om tot ontruiming van onroerend goed over te gaan. Deze procedure is speciaal ontworpen met het oog op het verwijderen van krakers en houdt onder andere in dat zo nodig "persons unknown" gedagvaard kunnen worden en dat de betekening zelfs kan geschieden door de dagvaarding in de brievenbus te stoppen.<sup>624</sup>

Vervolgens dat overschrijving van de akte in de USA in de openbare registers niet vereist is om de eigendom van het onroerend goed te doen overgaan, daarvoor is voldoende de overhandiging van de "deed", maar wel noodzakelijk is om de eigendomsoverdracht tegen derden te laten werken. In Engeland is een mondelinge overeenkomst geldig, maar nakoming door middel van een decreet for specific performance kan slechts gevorderd worden als er een door de wederpartij getekend stuk bestaat waarin de essentialia van de overeenkomst zijn opgenomen of de wederpartij een zodanige op de eigendomsoverdracht gerichte uitvoeringshandeling verricht heeft dat de mondelinge overeenkomst daaruit af te leiden valt. De overdracht geschiedt krachtens een akte, welke op een wettelijk voorgeschreven wijze moet zijn ingericht bij rechterlijke uitspraak door middel van een decreet for specific performance. De eigendom gaat over als de akte of de uitspraak ter overschrijving in het register op grond van de Land Registration Act 1925 is aangeboden.<sup>625</sup>

Niet behandeld hoeft te worden tot welke problemen botsende rechten aanleiding kunnen geven. Verwezen mag worden naar C.C. Freedman in zijn bijdrage aan het preadvies Bescherming van kopers van woningen voor de jaarvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, blz. 216-220, 227, 241 en 248.

Tot slot kan vermeld worden dat vroeger het aangaan van een huwelijk bezien werd als het sluiten van een overeenkomst zoals alle andere, waarbij het hoogst persoonlijke karakter nauwelijks een rol speelde, en uitgegaan werd van de algemene regels van het overeenkomstenrecht;<sup>626</sup> tegenwoordig is dit anders.

<sup>623</sup> Cheshire and Fifoot's, blz. 566.

<sup>624</sup> Blaauw, blz. 46.

<sup>625</sup> Grotendeels ontleend aan G.J. de Jongh, C.A. Kraan en A.A. van Velten, Angelsaksische rechtsstelsels voor de overdracht van onroerende zaken. Het daarin ontbreken van de notaris en het ontstaan van de titelverzekering. WPNR 5462-5464 (1980); A.A. van Velten, Union Internationale du Notariat Latin, afl. 10: De Union en de Angelsaksische rechtssystemen, WPNR 5611 (1982).

Na de Tweede Wereldoorlog kwam het nog maar zelden voor dat de ene partij klaagde over de verbreking van de trouwbelofte door de andere partij: enerzijds omdat het bewijs van schade moeilijk te leveren was, anderzijds door een wijziging in de publieke opinie. In 1970 is, na het advies van de Law Commission (no. 26, Breach of Promise of Marriage, 1969) de Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 tot stand gekomen, waarbij in section 1 is bepaald dat een trouwbelofte in Groot-Brittannië niet af te dwingen valt, ongeacht de plaats waar de belofte afgelegd werd. Alleen de werkelijke geleden schade kan voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>627</sup>

### 9.3.2 De Verenigde Staten van Amerika

#### 9.3.2.1 Algemeen

De Verenigde Staten<sup>628</sup> vormen een federatie die als eenheid naar buiten treedt op gebieden als buitenlandse zaken en defensie. Op vele andere gebieden echter, de meeste, zijn de deelstaten autonoom gebleven. Het is dan ook niet mogelijk om te spreken van het privaatrecht van de Verenigde Staten, want de deelstaten hebben hun bevoegdheid op dit punt grotendeels behouden.<sup>629</sup> Theoretisch zou dit betekenen dat alle deelstaten hun eigen, onderling afwijkend, recht zouden kennen. In de praktijk valt dit gelukkig mee, want de Verenigde Staten zijn grotendeels door de Engelsen gekoloniseerd, wat ertoe geleid heeft dat het privaatrecht een Engelse basis heeft en er een vrij sterke uniformiteit bestaat. Louisiana echter vormt op dit punt een uitzondering. Het gaat hier om een van oorsprong Frans gebied dat in 1803 door de Verenigde Staten verkregen werd door aankoop van Frankrijk. Gezien het (Engelse) beginsel dat bij verwerving van grondgebied waarvan de bevolking een behoorlijk beschavingspeil bereikt had, het daar geldende recht toepasselijk bleef, welk beginsel door de Verenigde Staten overgenomen werd, is het Franse recht de basis van het deelstaatrecht van Louisiana gebleven (zie par. 9.3.3).

Na de "Declaration of Independence" van 1776 heeft het recht in de Verenigde Staten een eigen ontwikkeling doorgemaakt en een eigen karakter gekregen, waarbij werd voorgebouwd op de Engelsrechtelijke basis. Zo gold het Engelse recht na 1776 niet meer rechtstreeks, maar speelde het indirect bij de rechtsvorming wel een rol, alleen al omdat de toenmalige juristen met dit recht opgevoed waren. Later kwamen er

<sup>626</sup> Charles Dickens verhaalt in zijn Pickwick papers (1837) in de hoofdstukken 12 en 34 van een trouwbelofte die tot schadevergoeding leidt. Kennelijk werd het huwelijk ook toen al niet altijd afgedwongen.

<sup>627</sup> P.M. Bromley, Family Law, 6. ed., London 1981, blz. 18 e.v.

<sup>628</sup> David, no. 18, 102 en 358 e.v.; A.T. Kronman, Specific Performance, University of Chicago Law Review (1977/1978), blz. 351-382; Lokin en Zwolve, blz. 481 e.v.; Sauveplanne, blz. 173 e.v.; Uniken Venema.

<sup>629</sup> Alleen het faillissementsrecht en het recht betreffende de intellectuele en industriële eigendom zijn federaal vastgesteld.



echter steeds meer niet-Engels georiënteerde emigranten naar de Verenigde Staten, die hun stempel op het recht drukten en met name de continentale denktrant introduceerden. Dit heeft ertoe geleid dat het recht minder formeel geworden is, er een minder sterke gebondenheid aan precedënten bestaat en de sociale functie die het recht heeft meer benadrukt wordt.

Op een aantal wijzen wordt een zekere mate van eenheid in het recht gewaarborgd. Krachtens de "full faith and credit clause" in de constitutie hebben rechterlijke beslissingen en overige overheidshandelingen in een deelstaat rechtskracht in de overige deelstaten. Daarnaast geeft het American Law Institute zogenaamde Restatements uit, waarin geprobeerd wordt een overzicht te geven van de gemeenschappelijke en afwijkende oplossingen in de deelstaten op verschillende gebieden van het privaatrecht, waarbij tevens een voorkeur wordt uitgesproken. Verder ontwerpt de National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, een landelijk orgaan met afgevaardigden uit de deelstaten, een soort modelwetten. Een voorbeeld hiervan levert de Uniform Commercial Code op: de laatste versie dateert uit 1962 en is inmiddels in alle deelstaten ingevoerd, maar met de nodige voorbehouden en afwijkingen, zodat er in feite sprake is van diverse gelijkende federale Commercial Codes.

Omdat het V.S.-recht veel te uitgebreid is voor een behandeling hier, zullen we voornamelijk aan de hand van enige bepalingen uit de Uniform Commercial Code het bovenstaande toelichten.<sup>630</sup>

### 9.3.2.2 Enkele bepalingen uit de Uniform Commercial Code

Uit par. 1-102 sub 1 "The act shall be liberally constructed and applied to protect its underlying policies", blijkt dat de rechter zich niet zo zeer aan de letter van de wet moet houden, maar dat hij zich ook naar de geest van de wet moet richten.

Anderson geeft in zijn commentaar, par. 2-204: 26, aan dat de vaagheid van een overeenkomst niet, zoals bij het Engelse equity-recht, in de weg staat aan een decree for specific performance en dat waar de Engelse rechter zelfs geen schadevergoeding in geld zou toekennen vanwege de onbepaaldheid, dit in de Verenigde Staten wel mogelijk is.

Uit par. 2-711 lid 2 sub a blijkt, dat als de verkoper in gebreke blijft met de aflevering of de overeenkomst verbreekt, de koper identieke goederen kan verkrijgen op de voet van par. 2-502, terwijl door lid 2 sub b "in a proper case" de koper de mogelijkheid van specific performance of "replevin"<sup>631</sup> wordt toegekend op basis van par. 2-716.

Deze bepaling, par. 2-716, in feite het vervolg op par. 2-711, is voor ons het deel van de UCC dat het meest van belang is en luidt als volgt:

<sup>630</sup> Vgl. R.A. Anderson, On the Uniform Commercial Code, 2. ed., Rochester-San Francisco, vol. 1, 1970, vol. 2-4, 1971.

<sup>631</sup> Replevin = (bevelschrift tot) opheffing van beslag; to replevy = weer in bezit krijgen, (in)lossen; bedoeld is de afgifte van goederen in beslag genomen ter verzekering van de onderwerping aan een rechterlijk oordeel; bezitsherstel van roerend goed.

1. Specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances.

2. The decree for specific performance may include such terms and conditions as to payment of the price, damages, or other relief as the court may deem just.

3. The buyer has a right of replevin for goods identified to the contract if after reasonable effort he is unable to effect cover for such goods or the circumstances reasonably indicate that such effort will be unavailing or if the goods have been shipped under reservation and satisfaction of the security interest in them has been made or tendered. Uit de Official Code Comment blijkt dat de bedoeling is om specific performance niet langer te beperken tot de goederen die al bepaald zijn op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Hiermee is gekozen voor een "liberal attitude". Tevens wordt aangegeven dat "uniqueness" niet de enige grond voor specific performance is, maar dat deze mogelijkheid ook openstaat in "other proper circumstances". Of deze "geschikte omstandigheden" zich in een bepaald geval voordoen staat ter vrije beoordeling van de rechter, die daarmee wat meer afstand van de precedentenrechtspraak kan nemen.<sup>632</sup>

De mogelijkheid van replevin uit lid 3 is aan de koper gegeven in de gevallen dat een dekkingskoop redelijkerwijze niet mogelijk is en de goederen overeenstemmen met de in de overeenkomst omschreven. In de uitspraak *Kaiser Trading Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.* (DC Call) 321 F Supp. 923 blijkt dat de intenties van de ontwerpers van de UCC werkelijkheid worden. Er werd onder meer overwogen "UCC par. 2-716 permits the granting of specific performance even though the goods have not been identified and removes a pre-Code limitation which restricted the granting of specific performance to cases in which the goods were ascertained of specified." "On an application for a preliminary injunction against repudiation of the contract by the seller, the court is not required to determine whether as an exact fact there is a sufficient supply of the goods covered by the contract available on the open market so as to make it possible for the buyer to effect cover, and the court may conclude that the buyer could not effect cover where the goods are scarce, the contract calls for delivery in a few months of more than 10 times the admitted open-market supply available and the price of the goods has risen greatly during the preceding year."

In par. 2-716 kunnen we een bevestiging zien van de tendens om specific performance te bevelen, ook bij generieke zaken, zonder eerst na te gaan in hoeverre schadevergoeding in geld een passende oplossing vormt. De nadruk valt daarbij meer op de geschiktheid van de specific performance, dan op het passend zijn van schadevergoeding in geld. Dat de overdracht van waardepapieren door middel van specific performance mogelijk is blijkt uit par. 3-201, par. 7-506 en par. 8-307.

<sup>632</sup> Vgl. Vanwijck-Alexandre, blz. 189; Zweigert und Kotz, blz. 194-195.

Louisiana<sup>633</sup> is van oorsprong een Frans gebied dat tussen 1762 en 1801 onder Spaans bestuur stond. Zoals hierboven al aangegeven werd, bleef in 1803 na de aankoop door de Unie het Franse recht van kracht. Voor het privaatrecht is van belang dat een wetboek tot stand kwam dat in belangrijke mate gebaseerd is op de Franse Code Civil, welk wetboek inmiddels diverse malen is vernieuwd en nog steeds de basis vormt voor het recht in deze deelstaat. Doordat de kennis van de Franse taal verminderd is, krachtens de "full faith and credit clause" in de constitutie rechterlijke beslissingen en andere overheids-handelingen uit de andere deelstaten rechtskracht hebben in Louisiana, de veelvuldiger contacten met (het recht van) de andere deelstaten en de opkomst van de "modelwetten" van de National Conference of Commissioners on Uniform State laws, zijn steeds meer Anglo-Amerikaanse elementen overgenomen. Zo werd de UCC lange tijd afgewezen als vreemd, niet bij het overige recht in Louisiana passend. Ook op het gebied van het afdwingen van de prestatie zijn Anglo-Amerikaanse elementen overgenomen, zoals blijkt uit de artt. 1926 en 1927 Civil Code die hierna ter sprake zullen komen.

Zegt art. 1926 nog dat de verzoeker om schadevergoeding in geld mag verzoeken of, in de gevallen dat dit geoorloofd is, specific performance kan verkrijgen, art. 1927 drukt duidelijk het Anglo-Amerikaanse principe uit dat schadevergoeding in geld de normale oplossing is en dat specific performance slechts mogelijk is als deze oplossing minder passend is. Jackson, blz. 200-202, wijst er in het onderdeel "Louisiana Code of Practice and Civil Code" op dat de specific performance van overeenkomsten in Louisiana wordt beheerst door enkele bepalingen uit chapter 3 of the Civil Code, de artt. 1901-1929; en enkele bepalingen die over de koop gaan, de artt. 2455, 2458, 2471, 2485, 2492, en 2551. Al deze bepalingen zijn grotendeels gebaseerd op de corresponderende artikelen uit de Franse Code Civil van 1804. Daarnaast speelt een aantal algemene regels een rol: de artt. 1757 lid 3, 1799, 1803 en 2046. De artt. 1926 e.v. zijn echter de belangrijkste bepalingen. Deze artikelen houden het volgende in. In de gevallen dat dit mogelijk is, zo zegt art. 1926, kan bij het niet nakomen van een overeenkomst om te doen of niet te doen, de schuldeiser in plaats van schadevergoeding de "specific performance" van de overeenkomst vorderen. Art. 1927 maakt duidelijk dat "de gevallen waarin dit mogelijk is" van art. 1926 gevallen betreffen waarbij de normale oplossing van de overeenkomst in schadevergoeding niet geschikt is en de wederpartij de mogelijkheid heeft de overeenkomst uit te voeren. De middelen die tot de uitvoering moeten leiden worden in het procesrecht geregeld. Hetgeen verricht is in strijd met de overeenkomst kan op verzoek van de eiser ongedaan gemaakt worden als de aard dit toelaat en de rechter dit door de sterke arm laat effectueren, dan wel de eiser machtigt hiertoe over te gaan op kosten van de gedaagde, aldus art. 1928. Art. 1929, tot slot, houdt in dat als het gaat om een overeenkomst waarbij afgesproken is niet te doen een injunction kan worden verkregen om contractbreuk te

<sup>633</sup> Vgl. David, no. 56, 361, 362 en 413; T.H. Jackson, Specific Performance in Louisiana, past and future, in: J. Dainow, Essays on the Civil Law of Obligations, Baton Rouge 1969, blz. 195 e.v.; G.F. Krassa, Interaction of Common Law and Latin Law: Enforcement of Specific Performance in Louisiana and Quebec, Canadian Bar Review 1943, blz. 337 e.v.; Lokin en Zwolve, blz. 490.

voorkomen.<sup>634</sup>

Als we deze bepalingen vergelijken met het Franse recht, dan zal duidelijk zijn dat de artt. 1142 e.v. Code Civil (engszins gewijzigd) opgenomen zijn in de Louisiana Civil Code. Opmerkelijk is evenwel dat er geen direct equivalent van art. 1142 CC (schadevergoeding in geld is hoofdregel) valt aan te wijzen: de strekking van het artikel is wel, het artikel zelf niet overgenomen. Daarnaast worden Anglo-Amerikaanse invloeden duidelijk: het vereiste van art. 1927 dat schadevergoeding in geld geen passende oplossing is en de mogelijkheid van art. 1929 om een injunction te verkrijgen. In de praktijk overheerst de Anglo-Amerikaanse invloed, want de overige Anglo-Amerikaanse beginselen hebben ertoe geleid dat de rechter specific performance alleen toelaatbaar acht op dezelfde gronden als in het Anglo-Amerikaanse recht gebruikelijk is.<sup>635</sup>

Wat de verbintenis om te geven betreft, moeten we opmerken dat gezien de artt. 1905 en 1906 dit begrip eng moet worden opgevat.

Uit artt. 1909 en 1920 blijkt dat een verbintenis om een bepaalde zaak te leveren, tot stand komt door de enkele wilsovereenstemming tussen partijen en dat de eigendom niet alleen tussen partijen, maar ook jegens derden, overgaat als aan enige formaliteiten is voldaan. Zo moeten de wettelijke vereisten in acht genomen zijn en mag er geen strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het burgerlijk procesrecht regels verschaft om bijvoorbeeld de koper van een stuk land ook het bezit hiervan te verschaffen,<sup>636</sup> immers de Franse principes (waaraan hieronder in par. 9.4 over het Romeanse recht aandacht besteed zal worden) worden grotendeels gevolgd. Zo regelen de artt. 2462 en 2463 de belofte tot verkoop.<sup>637</sup> Ook hier geldt weer dat als vergoeding in geld een passende wijze van schadevergoeding is, als specific performance onpraktisch is, etc. geen bevel tot specific performance mogelijk is.<sup>638</sup> Dit bleek ook in de uitspraak *Youngblood v. Daily and Weekly Signal Tribune*.<sup>639</sup> Een krant organiseerde een wedstrijd met als hoofdprijs een auto. De eiser won de wedstrijd, maar de krant weigerde de auto te geven, waarop om specific performance, dat wil zeggen de auto, werd verzocht. De rechter wees het verzoek echter af en merkte op:

"We do not think this is a case where the court should order a specific performance of the contract to deliver the car or their value. These plaintiffs can be adequately compensated in damages for the loss they

<sup>634</sup> Vgl. Krassa, blz. 340.

<sup>635</sup> Vgl. Jackson, blz. 207-208.

<sup>636</sup> Vgl. Jackson, blz. 195-196 (die dit soort gevallen een vorm van "Specific Relief" noemt), 205 e.v.; dez., Specific Performance of Contracts in Louisiana, *Tulane Law Review*, 1950, blz. 401-418; Krassa, blz. 344 e.v.; *Manning v. Cohen*, 124 La. 869, 50 So. 778 (1910); 128 La. 148, 54 So. 700 (1911).

<sup>637</sup> Overeenstemmend naar inhoud met art. 1610 Code Civil. Zie hierover J.A. Gowan, *Deposits in contracts to sell immovable property in Louisiana*, *Tulane Law Review* 1952, blz. 498-513.

<sup>638</sup> Jackson, blz. 207 e.v.

<sup>639</sup> 15 La. App. 379, 131 So. 605 (1930). Deze uitspraak is er tevens een voorbeeld van dat het begrip verbintenis om te geven veel enger wordt opgevat dan wij zouden doen. Ik denk dat als de rechter wel een verbintenis om te geven en niet om te doen had aangenomen, eisers in het gelijk gesteld zouden zijn, omdat zij dan al van rechtswege eigenaar van de auto zouden zijn.

have sustained on account of the defendant's failure to perform its part of the contract. Specific performance under contracts to do or not to do (Civil Code Article 1926) is not an absolute right but vests largely within the discretion of the court."

Tot slot valt te wijzen op de dubbele verkoop. Gaat het om onroerend goed dan wordt de eerste koper beschermd, betreft het roerend goed waarbij de tweede koper het bezit verkrijgt voor de eerste koper, dan wordt de tweede koper beschermd als deze te goeder trouw is.<sup>640</sup>

#### 9.3.4 Schotland

Zoals hierboven al werd opgemerkt behoort Schotland<sup>641</sup> niet tot het Anglo-Amerikaanse rechtstelsel, maar tot het Anglo-Romeinse. Hieruit laat zich verklaren dat in de zeventiende en achttiende eeuw talloze Schotse rechtenstudenten die de advocatuur in wilden, kwamen studeren in ons land, speciaal in Leiden. Rond 1800 was het privaatrechtssysteem in Nederland en Schotland grotendeels uitwisselbaar,<sup>642</sup> beide gingen van dezelfde bronnen en beginselen uit en in Schotse rechtszaken weerklonk regelmatig een beroep op Hugo de Groot, Joannes van der Linden en Paulus Voet.

Vandaag de dag is dat niet meer zo. Een van de redenen daarvoor is dat het Schotse recht steeds meer Engels georiënteerd is. Niet alleen geldt statute law, bijvoorbeeld de Sale of Goods Act, in de regel voor het hele United Kingdom, daarnaast is de hoogste rechter in civiele zaken het House of Lords in Londen, zij het dat tenminste een Schotse Law Lord betrokken is bij de behandeling van een Schots rechtsgeschil.

Toch bestaan er nog diverse verschillen tussen het Engelse en Schotse recht. Een van die verschillen is dat het Schotse recht geen onderscheid kent tussen common law en equity: de billijkheid vormt een zelfstandige rechtsbron die zonodig andere rechtsbronnen opzij kan zetten, als deze in een concreet geval tot een onredelijke oplossing zouden leiden. Een ander verschil is voor ons van meer belang.

Het Schotse recht kent namelijk aan de schuldeiser het algemene recht toe de uitvoering van een overeenkomst via de rechter te bewerkstelligen.<sup>643</sup> Gaat het om een positief element van de overeenkomst, dan geschiedt dit via een decree of specific implement, betreft het een negatief element, dan wordt een decree of interdict uitgevaardigd. Overigens is zo'n decree alleen mogelijk als de rechter precies kan omschrijven wat wel of niet gedaan moet worden. Het geen gevolg geven aan het decree door de in gebreke zijnde partij levert contempt of court op.

<sup>640</sup> Zie de artt. 1921 en 1922 CCL.

<sup>641</sup> David, no. 264; Sauveplanne, blz. 207 e.v.; D.M. Walker, *Principles of Scottish private law*, 2. ed., Oxford 1975.

<sup>642</sup> Vgl. T.B. Smith, *The influence abroad of the modern Dutch movement for code revision*, WPNR 5504 (1980), het Meijers herdenkingsnummer, blz. 55-61; dezelfde, *The British Commonwealth, the development of its laws and constitution*, vol. 11, Scotland, London 1982, blz. 19-23.

<sup>643</sup> Smith, *The British ...*, blz. 854-855; Walker, blz. 647 e.v., blz. 2117 e.v.

Aangezien specific implement een "equitable remedy" is, bestaat voor de rechter een discretionaire bevoegdheid om in een bepaald geval al dan niet het bevel te verlenen, en zal dit niet gebeuren als het onrechtvaardig zou zijn. Ook hier zien we dat in de rechtspraak regels tot ontwikkeling gekomen zijn die aangeven in welke omstandigheden in beginsel geen decree of specific implement mogelijk zal zijn.<sup>644</sup> Dat het dezelfde soort regels zijn als de Engelse rechter hanteert, zal geen verbazing wekken.

Naast de specific implement staat de specific performance die mogelijk is op grond van de statute laws die niet alleen voor Engeland, maar ook voor Schotland gelden. Zo kan op grond van de Court of Session Act 1868, section 91<sup>645</sup> de rechter op het enkele verzoek daartoe het herstel in het bezit van roerend of onroerend goed bevelen, waarvan de verzoeker het bezit op gewelddadige wijze of bij vergissing is kwijtgeraakt, alsmede de specific performance bevelen van enige wettelijke plicht onder de voorwaarden die de rechter nodig acht.

Dezelfde bevoegdheid om een decree for specific performance aan te bevelen geldt op grond van de Sale of Goods Act, section 52.<sup>646</sup>

De term adjudication wordt wel gebruikt om het middel aan te duiden dat iemand die recht op de overdracht van landerijen heeft, door de rechter een titel wordt verschaft die hetzelfde effect heeft als was er vrijwillig overgedragen en ook voor het geval dat de schuldeiser goederen van de schuldenaar ter verzekering of ter voldoening van een schuld in beslag mag nemen.<sup>647</sup>

### 9.3.5 Romeins-Hollands recht: Zuid-Afrika

Zoals bekend is (een deel van) het Zuid-Afrikaanse recht<sup>648</sup> van Hollandse oorsprong.<sup>649</sup> In 1652 was het Jan van Riebeeck die de latere Kaapkolonie vestigde en er het op dat moment geldende recht<sup>650</sup> uit

<sup>644</sup> Walker, blz. 648-649, blz. 2119.

<sup>645</sup> Walker, blz. 1178, blz. 2118.

<sup>646</sup> Walker, blz. 1653, zie ook Section 52 (4) Sale of Goods Act. Het Schotse recht heeft voor deze bevoegdheid tot voorbeeld gestrekt. Vgl. Treitel, Specific performance in the sale of goods, JBL 1966, 211 e.v., speciaal blz. 216-217.

<sup>647</sup> Walker, blz. 2120 en 2123.

<sup>648</sup> Vgl. R. Dannenbring, Heutiges romisches-hollandisches Recht. Vom Privatrecht der Republik Südafrika, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1965, blz. 56-84; David, no. 19, 57 en 510; Fischer, blz. 358-361; H.R. Hanlo and E. Kahn, the British Commonwealth, the development of its law and constitution, vol. 5, The Union of South Africa, London 1960; A.J. Kerr, Principles of the Law of Contract, Durban 1980; Lee, Introduction (in dit hoofdstuk zal steeds naar dit werk verwezen worden); Sauveplanne, blz. 213 e.v.

<sup>649</sup> Zie over de historie: Dannenbring, blz. 56 e.v.; Hanlo and Kahn, blz. 10 e.v.; Lee, blz. 2 e.v.; Sauveplanne, blz. 213 e.v.

<sup>650</sup> Zie hiervoor, par. 2.3. Nb. In hetzelfde jaar 1652 wordt de term "Rooms-Hollandts-Reght" voor het eerst gebruikt en wel door Simon van Leeuwen als ondertitel bij zijn Paratitla Juri novissimi: Een kort begrip van het Rooms-Hollandts-Reght. (Zie hierover ook

het vaderland (speciaal Holland) invoerde. Nadien werden door de Staten-Generaal in 's-Gravenhage wetten uitgevaardigd die (ook) voor deze kolonie geldingskracht bezaten. Daarnaast golden de door de Gouverneur-Generaal van de Verenigde Oostindische Compagnie te Batavia, onder wiens jurisdictie de Kaapkolonie viel, uitgevaardigde regels en werden met name Hollandse schrijvers bij geschillen geraadpleegd. Toen in 1906 de Engelsen deze kolonie definitief in handen kregen, bleef het inheemse recht in stand voorzover en voor zolang dit niet werd ingetrokken, want het betrof de verovering van een geciviliseerd gebied. Dit betekende dat het toen geldende Romeins-Hollandse recht zijn geldingskracht behield, zolang het niet verouderde of in onbruik raakte, en dat alleen de regels uitgevaardigd door de Gouverneur-Generaal van de V.O.C. niet meer toepasselijk waren. Ook al werd steeds meer Engels recht ingevoerd, werd het Engels de rechtstaal en kwamen er Engels geschoolde juristen, toch kon het Romeins-Hollandse recht zich in belangrijke mate handhaven.<sup>651</sup> Zeker was dit het geval in de zogenaamde Boerenrepublieken Natal, Transvaal en Oranje-Vrijstaat, al ontkwam men ook daar niet aan de Engelse invloed. In 1910 werd de Unie van Zuid-Afrika gevormd, waarna eenheid in wetgeving bewerkstelligd werd.

Al is de rechtspraak opgezet naar Engels systeem, met onder meer een niet zo sterk als in Engeland zelf doorgevoerd precedentenstelsel, en al was tot 1950 beroep mogelijk op de Privy Council, de afdeling van de hoogste Engelse rechter, het House of Lords, speciaal belast met de rechtspraak aangaande geschillen in de landen van het Gemenebest, in het privaatrecht is de Engelse invloed betrekkelijk gering gebleven. Terwijl het personen-, familie-, erf- en zakenrecht goeddeels in stand gebleven is, werden in het verbintenissenrecht wel enkele Engelsrechtelijke figuren opgenomen. Als voorbeeld mag dienen de verbintenis om te geven. De eigendom van roerend goed gaat door levering over en die van onroerend goed door inschrijving in de openbare registers, waarbij het negatieve stelsel geldt en uitgegaan wordt van het abstracte en niet van het causale stelsel.<sup>652</sup> Voor het erfrecht bij versterf geldt nog steeds een octrooi van de Staten-Generaal van 10 januari 1661, Groot Placcaet-Boeck 2, 2634.<sup>653</sup> Al met al moet Zuid-Afrika nu tot de kring van de Anglo-Romeinse rechtsstelsels gerekend worden.<sup>654</sup> Wordt een overeenkomst niet nage-

---

Lee, blz. 15 noot 3 die wijst op verschillen in spelling).

<sup>651</sup> Dannenbring, blz. 59 e.v.; Lee, blz. 24-25, Appendix: How far the statute law of Holland obtains in South Africa and Ceylon. Vgl. ook de in dit werk opgenomen lijst van "principal authorities, cited with mode of citation" (In Zuid-Afrika behoren ook de toppen van de juridische literatuur tot de rechtsbronnen; zie ook Lee, blz. 14 e.v.) en de "table of statutes".

<sup>652</sup> Lee, blz. 136-140.

<sup>653</sup> Dannenbring, blz. 71 e.v., speciaal blz. 73; Lee, blz. 401 e.v., speciaal blz. 406-407.

<sup>654</sup> Dannenbring, blz. 57; Hanlo and Kahn, blz. 17 e.v., 29-30, 41-50, 498, 684 e.v.; Sauveplanne, blz. 207; er wordt dan ook geregeld een beroep gedaan op de mening van Engelse juristen en er worden kernoverwegingen overgenomen uit Engelse rechtspraak. Voorbeeld van het eerste is te vinden in de lijst van "principal authorities, with mode of citation" die Lee geeft, een voorbeeld van het tweede zien we bij Kerr, blz. 226, waar duidelijk wordt

komen, dan heeft dit de volgende effecten voor de in gebreke blijven-de partij: óf hij moet schadevergoeding betalen of hij mag, als dit in het geding passend geoordeeld wordt, gedwongen worden de overeenkomst alsnog uit te voeren,<sup>655</sup> dat wil zeggen hij kan een "eis vir specifieke nakoming" instellen. Sterker nog, de schuldeiser kan zich soms met behulp van de rechter zelf de overeengekomen prestatie verschaffen als wanprestatie dreigt. Stel A verkoopt in januari goederen aan B met als leveringsdatum 1 december en in maart verkoopt en levert A aan de te kwader trouw zijnde C. In dergelijke gevallen kan B de ongedaanmaking van de overdracht aan C en de overdracht van A aan hemzelf vorderen. De rechter zal een dergelijk verzoek inwilligen. Immers, C zou kunnen overdragen aan iemand die te goeder trouw is en dit zou inhouden dat B in december achter het net zou vissen.<sup>656</sup>

Dat het Zuid-Afrikaanse recht de rechterlijke machtiging kent, blijkt duidelijk bij de overdracht van land. De rechter kan hetzij de "sheriff" opdracht geven de grond in bezit te nemen om vervolgens de eigendom over te dragen, hetzij kan hij "the registrar of the deeds" machtigen de overdracht te laten plaatsvinden bij afwezigheid van een (of meer) document(en) die normaal door de wederpartij overgelegd hadden behoren te worden.<sup>657</sup> Uit Farmers Co-operative Society v. Berry (1912 AD 343)<sup>658</sup> is af te leiden dat weliswaar primair nakoming en subsidiair schadevergoeding gevorderd kan worden bij wanprestatie, maar dat het een discretionaire bevoegdheid van de rechter betreft, zodat deze de nakoming kan weigeren als hij meent dat daar geen behoefte aan bestaat omdat schadevergoeding in geld voldoet, of omdat hij geen toezicht op de nakoming kan houden.<sup>659</sup>

In feite betekent dit dat de Zuidafrikaanse rechter geen nakoming hoeft toe te staan in vrijwel dezelfde gevallen als waarin de Engelse rechter geen decree for specific performance zou toekennen.<sup>660</sup>

---

dat in Shakinovsky v. Lawson and Smulowitz, 1904 TS (=Cases decided in the Transvaal Supreme Court) 326 een deel van de uitspraak Lumley v. Wagner wordt aangehaald. Zie ook African Theatres Ltd. v. Jewell, (1918) 39 Natal Law Reports 1, Roberts Construction Co. v. Verhoef, 1952 (2) South African Law Reports Witwatersrand local Division, 300.

<sup>655</sup> Dannenbring, blz. 69 en 79, zet de schadevergoedingsplicht voorop en meent dat er geen op herstel in specifieke vorm gerichte aanspraak tot vergoeding van de schade bestaat; Fischer, blz. 360; Hanlo and Kahn, blz. 498; Lee, blz. 260 e.v., speciaal blz. 265 e.v.; Sauveplanne, blz. 220 brengen geen rangorde aan. Vgl. ook Van der Keessel, band VI, Amsterdam/Kaapstad 1975, no. 1087, waar voor de specifieke nakoming een vergelijking tussen Romeins-Hollands en Zuid-Afrikaans recht getrokken wordt.

<sup>656</sup> Dannenbring, blz. 69-70 plaatst kritische kanttekeningen; Kerr, blz. 192.

<sup>657</sup> Kerr, blz. 225.

<sup>658</sup> A.D.: Appellate Division of the Supreme Court of South Africa; Lee, blz. 266.

<sup>659</sup> Vgl. ook Woods v. Walters 1921 AD 303; Haynes v. King William's Town Municipality 1951 (2) SA 371 (AD) (SA of SALR = the South African Law Reports, Decisions of the Supreme Courts of South Africa, vanaf 1947).

<sup>660</sup> Kerr noemt de volgende gevallen waarbij de rechter geen aanspraak op specific performance aanneemt (blz. 397 e.v.):



Hoewel het praktisch resultaat niet veel zal verschillen<sup>661</sup> is het goed de verschillende wijzen van benadering te onderscheiden. In Zuid-Afrika heeft de eiser het recht om nakoming/specific performance te vorderen, maar bestaat voor de rechter de mogelijkheid dit af te wijzen. In Engeland heeft de eiser geen recht op dit rechtsmiddel, behalve als de rechter dit de meest geschikte vorm van schadevergoeding vindt.

Naar Zuid-Afrikaans recht werd het huwelijk in de regel voorafgegaan door een trouwbelofte (espousal) die een bindend contract tussen partijen bewerkstelligde. Voor deze overeenkomst golden geen vormvoorschriften, terwijl ieder die een huwelijk kon aangaan zich geldig kon verbinden.<sup>662</sup>

Een trouwbelofte kon niet zonder geldige reden verbroken worden. Onder het Romeins-Hollandse recht zou de rechter een decreet for specific performance van het huwelijkscontract hebben afgegeven en zondig een weigerachtige bruid(egom) ondanks diens afwezigheid in de echt hebben verbonden.<sup>663</sup> Deze gewoonte is in het huidige recht afgeschaft,<sup>664</sup> maar er bestaat wel een vordering tot schadevergoeding

- where damages would adequately compensate the plaintiff;
- where it would be difficult for the Court to enforce its decree;
- where the thing claimed can readily be bought anywhere;
- where specific performance entails the rendering of services of a personal nature;
- where specific performance would operate unreasonably hardly on the defendant, or where the agreement giving rise to the claim is unreasonable, or where the decree would produce injustice, or would be inequitable under all the circumstances. Zie ook Roberts Construction Co. v. Verhoef 1952 (2) SA 300, welke uitspraak hetzelfde principe inhoudt als Lumley v. Wagner (1852) 1 De GM & G 604.

<sup>661</sup> Naast een vordering tot specific performance is het in Zuid-Afrika dan ook gebruikelijk om subsidiair een vordering tot schadevergoeding in te dienen. Woods v. Walters, 1921 AD 303: "It is common practice in South Africa to add to a prayer for specific performance, an alternative prayer for damages." Verder bestaat de mogelijkheid om naast specific performance ook schadevergoeding te vorderen voor de schade die is geleden door het te laat uitvoeren. Vgl. Silverton Estates Co. v. Bellevue Syndicate, 1904 TS 462; Eisele v. Auret, 1904 TH (= Cases decided in the Witwatersrand High Court) 156; Stacy v. Sims, 1917 CPD (= Cases decided in the Cape Provincial Division of the Supreme Court of South Africa) 553. Zie ook Fischer, blz. 361; Lee, blz. 267 en blz. 443-446, Appendix I. The practice of the South African courts with regard to specific performance.

<sup>662</sup> Hanlo and Kahn, blz. 392 e.v.; Lee, blz. 50-51.

<sup>663</sup> Vgl. Richter v. Wagenaar (1829) 1 Menz. 262 wat de Kaapkolonie betreft en Dormiux v. Kriekenbeek (1821) Ramanathan 1820-1833, blz. 23; zie ook P.J. Idenburg, Eenzijdige verbreking van verlovings, Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, 1946, blz. 141-183, speciaal blz. 153-157 (Rom.-Hol. recht) en blz. 171-178 (Zuidafrikaans recht).

<sup>664</sup> Wat de Kaapkolonie betreft door de Marriage Order-in-Council van 7 september 1838, section 19, van kracht in deze kolonie vanaf 1 februari 1839 en wat Ceylon betreft door order no. 6 van 1847,

in geld wegens wanprestatie. In de oude rechtsbronnen wordt een opsomming gegeven van de gronden waarop het mogelijk is een trouwbelofte in te trekken, maar omdat nakoming van de trouwbelofte niet meer bevolen wordt, is dit in het huidige recht zonder betekenis.

Een opmerking tot slot aangaande Zuidelijk Afrika. Smits' Compendium<sup>665</sup> zegt op blz. 85: "De annexatie van de boerenrepublieken in 1900 betekende een vergroting van de Engelse invloeden. Met de totstandkoming van de Unie (1910) echter werd een nieuwe periode ingezet. De Zuidafrikaanse rechters begonnen zich bewust te worden van het belang van een eigen rechtstelsel, en grepen minder gauw naar het Engelse recht. Wel deed het Engelse recht zich tot vrij onlangs nog steeds in de wetgeving gelden, doordat bij het opstellen van nieuwe wetten vaak een Engelse ten voorbeeld werd genomen, maar de tendens bestaat om dit zoveel mogelijk te beperken; de aandacht wordt nu ook meer op andere Europese rechtssystemen gericht." Op blz. 86 wordt het volgende opgemerkt: "Het Romeins-Hollandse recht geldt tegenwoordig in het gehele gebied ten Zuiden van de Zambesi. Het toenmalige Zuid-Rhodesie (nu Rhodesie) heeft in 1898 het Romeins-Hollandse recht ingevoerd, Zululand in 1897, Lesotho in 1884, Swaziland in 1907, Botswana in 1909 en Zuid-West Afrika in 1919."<sup>666</sup>

Het eerste citaat is een illustratie van het feit dat de Engelse wetgeving nooit volledig is ingevoerd. Wat het tweede citaat betreft valt op te merken dat behalve Rhodesie (het huidige Zimbabwe) de genoemde landsdelen deel uitmaken van Zuid-Afrika of nauw met dit land verbonden zijn. We mogen aannemen dat het geschrevene juist is, want controle is nagenoeg onmogelijk. Bovendien hebben we weinig reden tot twijfel, want de bewerkster heeft het voorwoord voor de vijfde druk voorzien van "Pretoria, augustus 1969".<sup>667</sup>

## 9 4 ROMAANSE RECHTSSTELSELS

### 9.4.1 België

#### 9.4.1.1 Algemeen

Nog sterker dan dit in Nederland het geval geweest is, laat zich in België<sup>668</sup> de invloed van het Franse recht voelen. Maakte Nederland slechts tussen 1810 en 1813 deel uit van het Franse rijk en gold tot 1838 de Franse Code Civil, België kent veel langer en veel sterker de

---

section 30.

<sup>665</sup> Smits' Compendium der Romeinse en Oud-Nederlandse rechtsgeschiedenis, 7e druk herzien door M. Reinsma, Groningen 1975.

<sup>666</sup> Zie ook Hanlo and Kahn, blz. 27-28; Lee, blz. 11-13.

<sup>667</sup> E.H. Hondius, NJB 1987, blz. 51: Lespitho heeft besloten het Romeins-Hollandse recht vooralsnog te handhaven.

<sup>668</sup> Blaauw, blz. 33 e.v.; David gaat uit van gelijklopend recht in België en Frankrijk en geeft in no. 83 en 102 verschillen; Sauveplanne, blz. 55 e.v.

invloed van het Franse recht. Dit begon al in de Bourgondische tijd en werd heel duidelijk vanaf 1794 toen het gebied deel ging uitmaken van Frankrijk, nadat het al in 1792 bezet was. Uiteraard werd later ook de Franse wetgeving, zoals die in opdracht van Napoleon ontworpen werd, ingevoerd. Terwijl deze wetgeving bijna dertig jaar haar stempel op de (Noord)Nederlandse rechtsontwikkeling kon drukken, kon dat in België veel langer. Het is daarom ook niet verwonderlijk dat met name vanuit België, waar de in de nieuwe wetboeken ontwikkelde gedachten langer wortel hadden kunnen schieten, sterke aandrang werd uitgeoefend in de periode rond 1820 om zoveel mogelijk deze wetboeken te behouden. Dat na de afscheiding in 1830 de Franse wetboeken in België hun gelding bleven behouden zal geen verbazing wekken. Zo bleef de in 1804 ingevoerde Code Civil (inmiddels enigszins gewijzigd) de belangrijkste bron van het burgerlijk recht.

Natuurlijk heeft de Belgische wetgever niet klakkeloos alle wijzigingen in de diverse van oorsprong Franse wetten, zoals die in Frankrijk zelf aangebracht werden, overgenomen.<sup>669</sup> Er werden ook geheel nieuwe wetten ontworpen. In 1970 werd het uit 1806 daterende Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Code de Procédure Civile) vervangen door het Gerechtelijk Wetboek. In de meeste wetten echter bleef de Franse indeling gehandhaafd en werd de inhoud niet grondig gewijzigd. Belangrijke principes bleven gehandhaafd: de eigendom gaat over door de enkele overeenkomst, er bestaat een wettelijk stelsel van beperkte gemeenschap van goederen in het huwelijksvermogensrecht. Aangezien in de vorige eeuw de in de betere kringen gebezigde taal het Frans was en juristen uit deze kringen kwamen, is het niet verwonderlijk dat ook de literatuur en rechtspraak op Frankrijk geïntereerd waren. Vaak werd aansluiting gezocht bij de Franse rechterlijke uitspraken en de meeste resultaten van de Franse rechtspraak zijn in de Belgische terug te vinden.<sup>670</sup> Ook tegenwoordig wordt regelmatig naar Franse rechtspraak hetzij oudere, hetzij recentere jurisprudentie verwezen.<sup>671</sup>

De laatste tientallen jaren is het Nederlands steeds meer, uiteraard het meest in Vlaanderen, de juridische wereld binnengedrongen. Zo werd in 1937 het Rechtskundig Weekblad opgericht en bestaat de Algemene Practische Rechtsverzameling nu een dertig jaren. Daarmee is een ontwikkeling op gang gekomen om de Nederlandse rechtspraak en literatuur meer te volgen. Deze ontwikkeling is versterkt doordat in 1948 in het kader van de Benelux een studietoelichting tot eenmaking van het recht in het leven is geroepen die onder andere de Eenvormige wet betreffende de dwangsom tot stand heeft gebracht.<sup>672</sup> Er bestaat nu

<sup>669</sup> Zo werd aan art. 1167 CC in Frankrijk bij wet van 13 juli 1965 een tweede lid toegevoegd en is dezelfde tekst overgenomen in België bij wet van 14 juli 1976.

<sup>670</sup> Sauveplanne, blz. 65.

<sup>671</sup> Zie bijv. de handboeken van Dekkers en De Page, maar ook G. Vandenberghe, *De computer in het verbintenissenrecht*, TPR 1984, blz. 461 e.v.

<sup>672</sup> Zie hierover o.a. M. Storme, *De dwangsom herbezocht*, blz. 125-130 in de *Haardt-bundel Een goede procesorde*, Deventer 1983; Zie over de Benelux eenmaking van het recht de jaarverslagen van de Beneluxstudietoelichting tot eenmaking van het recht, zoals opgesteld door de secretaris-generaal O. Hansen, in RW 1981-1982, 567, RW 1981-1982, 1289, RW 1982-1983, 873, RW 1983-1984, 468. Het "Manifest voor een Benelux-reliance" van 7 mei 1982, werkdo-

Zoals hiervoor al tot urting kwam, berust het burgerlijk recht zoals dat vandaag de dag in België en Nederland geldt,<sup>674</sup> voor een belangrijk deel op de Code Civil uit 1804, het Franse burgerlijk wetboek waartoe Napoleon opdracht heeft gegeven. Nederland heeft dit wetboek als uitgangspunt gebruikt voor de totstandkoming van het "eigen" Burgerlijk Wetboek in 1838; België heeft de oorspronkelijke tekst naderhand gewijzigd en aangevuld. Het is niet verwonderlijk dat in de Code Civil (ter onderscheiding van het Nederlands BW en het Belgisch BW lijkt het me verstandig in het laatste geval te spreken over de Code Civil, dat is de benaming in het Frans) dezelfde grondlijnen te ontdekken zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld in het derde boek, titel III, hoofdstuk III waar het gaat over de gevolgen van de verbintenissen. De daar behandelde artt. 1134 e.v. CC stemmen grotendeels overeen met de artt. 1374 en 1375 en 1271 e.v. BW, met name de artt. 1142 e.v. CC en 1275 e.v. BW verschillen weinig, zoals hieronder zal blijken.

Aangezien België drietalig is, worden Nederlandstalige, Duitse<sup>675</sup> en Franse termen gebruikt. Veelal wordt gesproken over de rechtstreekse uitvoering of *exécution directe* en de uitvoering in natura of *exécution en nature* om aan te geven wat wij onder reële executie verstaan.<sup>676</sup> Dit betekent dat het gaat om het leveren van het voorwerp der verbintenis zelf, ofwel dat de uitvoering overeenstemt met de inhoud van de verbintenis. Ook termen als herstel in specifieke

---

cument van de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad, uitgebracht ter gelegenheid van het vijftientwintigjarig bestaan van de Raad; algemeen verslaggever: Tjil Declercq, tabel I en II op blz. 44-47 en mijn Requiem voor de unificatie van het recht in Benelux-verband, NJB 1985, blz. 1227 e.v., RW 1985-1986, 575 e.v.

<sup>673</sup> Voor ons onderwerp zijn met name van belang: G.L. Ballon, Dwangsom, Gent-Leuven 1980; R. Dekkers, Handboek Burgerlijk Recht, 2e ed. dl. II, Brussel 1971; W. Delva, Overzicht van het Belgisch Burgerlijk Recht en Burgerlijk Procesrecht, 4e dr., Gent 1982; A. Kluyskens, Beginselen van Burgerlijk Recht, eerste deel De verbintenissen, 5e dr., Antwerpen 1948; P. van Ommeslaghe, La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, TPR 1984, blz. 197-232; H. de Page, Traité élémentaire de Droit Civil Belge, t. 3. Les obligations, 3. ed., Bruxelles 1967; J. Ronse, Schade en schadeloosstelling, dl. 1, 2e dr. bew. door L. Dewilde e.a., Gent 1984; M.E. Thuysbaert, La Belgique/Belgie in Le Notariat latin de demain/Het latijnse notariaat van morgen, Ars Notariatus XV, Amsterdam-Deventer 1975, blz. 55 e.v., resp. 287 e.v.; R. Vandeputte, De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs, Brussel 1977; dez., Beginnselen van Belgisch privaatrecht, X Overeenkomsten, deel 2 Bijzondere overeenkomsten A verkoop, bewaargeving, borgstelling, Antwerpen 1981; Van Velten, diss., blz. 209-210. Zie ook de rechtspraakoverzichten vermeld in de eerste noot bij par. 9.4.1.5.

<sup>674</sup> Zie par. 2.4 over de historie, als ook het bovenstaande.

<sup>675</sup> Het Duits zal hier verder buiten beschouwing blijven.

<sup>676</sup> Vgl. Dekkers II, no. 340; Delva, blz. 179; E. Dirix, Het begrip schade, Antwerpen/Apeldoorn/Brussel 1984, no. 58 e.v.; De Page III, no. 93.

vorm<sup>677</sup> en reele executie<sup>678</sup> worden gebezigd.

Wordt echter gesproken over de "gelijkwaardige uitvoering" ("execution par equivalent"), een term die veel lijkt op de rechtstreekse uitvoering, dan wordt de uitvoering bedoeld van de verbintenis met een andere zaak van dezelfde waarde als die welke verschuldigd was. Vaak is die andere zaak niet meer dan een troost en meestal betreft het een geldsom als vergoeding van de geleden schade wegens het uitblijven van de rechtstreekse uitvoering.

Bij de uitvoering wordt ook onderscheid gemaakt tussen de vrijwillige uitvoering en de dwanguitvoering. Wat met deze begrippen bedoeld wordt zal duidelijk zijn; de dwangsom en het beslag zijn de belangrijkste vormen van de dwanguitvoering.

We kunnen tot het volgend overzicht komen:<sup>679</sup>

1. In principe gaat een verbintenis door vrijwillige uitvoering teniet;  
2.a. daarbij moet de uitvoering op het voorwerp zelf der verbintenis betrekking hebben (rechtstreekse uitvoering, uitvoering in natura);

b. in gevallen dat rechtstreekse uitvoering/uitvoering in natura niet mogelijk is, moet de schuldeiser zich tevreden stellen met gelijkwaardige uitvoering, wat vrijwillig kan geschieden;

3. de schuldenaar biedt een billijke schadevergoeding aan;<sup>680</sup>

4. kan er echter geen vrijwillige uitvoering van de verbintenis verkregen worden, dan wordt ze vervangen door dwanguitvoering die op dezelfde inhoud gericht is als de oorspronkelijke verbintenis en dus zo mogelijk rechtstreekse uitvoering beoogt en als dit niet mogelijk is, de gelijkwaardige uitvoering;

5. in dit laatste geval, als van het bovenstaande niets meer aan de orde is, zal de schuldeiser zich tevreden moeten stellen met de schadevergoeding in geld, waarvan de rechter de hoogte bepaalt en waarvoor een uitvoerbaar vonnis verleend wordt. Deze schadevergoeding heeft echter een duidelijk subsidiair karakter: ze komt pas in aanmerking wanneer de rechtstreekse uitvoering onmogelijk is. Natuurlijk kunnen partijen onderling de afspraak maken iets anders te presteren c.q. te aanvaarden dan eerst overeengekomen was, maar in feite gaan zij dan een nieuwe overeenkomst aan.

Hieronder zal blijken dat als de schuldenaar de door hem aangegane verbintenis niet, onjuist of te laat uitvoert, de schuldeiser hem in principe kan dwingen tot de werkelijke uitvoering en dat in uitzonderingsgevallen de schuldeiser met gelijkwaardige uitvoering genoegen moet nemen. Dat de schuldenaar in beginsel gehouden is tot de uitvoering van de overeenkomst blijkt ook uit de artt. 1184 en 1610 CC. Wil de schuldeiser tot de gedwongen uitvoering overgaan, dan moet hij over een uitvoerbare titel als een rechterlijke uitspraak of een notariële akte beschikken. Daarnaast moet hetgeen hij te vorderen

<sup>677</sup> Vgl. Ronse, no. 276; Schuermans (1961-1968), no. 13; Schuermans (1969-1976), no. 16; Schuermans (1977-1982), no. 17.

<sup>678</sup> Vgl. Ballon, no. 41, 78-80, 125 en 138; M. Storme, Een revolutionaire hervorming: de dwangsom, TPR 1980, blz. 222-240, no.3.

<sup>679</sup> Dekkers II, no. 344; R. van Lennep, Belgisch Burgerlijk Procesrecht, Antwerpen 1953-1959, VI Gedwongen tenuitvoerlegging, passim; De Page III, no. 94; Vandeputte, Overeenkomst, blz. 239 e.v., blz. 252-253.

<sup>680</sup> Vgl. Cass. 27 april 1962, Pas. 1962, I, 938; Cass. 5 januari 1968, RW 1967-1968, 1535.

heeft effen zijn en vaststaan (art. 1494 Ger.W.), en als er een moeilijkheid optreedt met betrekking tot deze uitvoerbaarheid, dan is de beslagrechter bevoegd deze aangelegenheid te beslissen (art. 1498 Ger.W.).

Evenals in het Nederlandse recht kunnen verbintenissen onderscheiden worden naar hun voorwerp, dat wil zeggen naar datgene wat de schuldenaar moet geven, doen of nalaten. Over de verbintenis om iets te geven handelen de artt. 1136 e.v. CC, over de verbintenis om iets te doen of niet te doen de artt. 1142 e.v. CC. In deze volgorde zullen deze verbintenissen hierna aan de orde komen.

#### 9.4.1.2 De verbintenis om te geven

Evenals in Nederland wordt bij verbintenissen om te geven<sup>681</sup> een onderscheid gemaakt tussen de eigendomsoverdracht en de levering. De eigendomsoverdracht is de juridische overgang van het zakelijk recht op een roerend of onroerend goed, terwijl de levering doelt op de materiele overdracht van de zaak in de feitelijke macht van de wederpartij. Beide begrippen kunnen samenvallen, maar kunnen ook gescheiden zijn (vgl. de koop van een pakje kauwgom met de koop van een huis).

Onder de verbintenis om te geven is niet alleen te verstaan de overdracht van de eigendom van een zaak of van een zakelijk recht, maar daaronder valt ook te begrijpen de overdracht van het enkele gebruik, het genot of het bezit van een zaak zonder dat de schuldeiser een zakelijk recht verkrijgt of heeft. Een verbintenis om te geven bestaat dus als de schuldenaar op grond van een huurcontract het genot van een zaak aan de schuldeiser moet verschaffen of als de schuldeiser een zaak mag teruggeven op grond van bewaargeving of bruikleen. Ook het "geven" in art. 1271 BW is zo ruim.

Evenals in Frankrijk doet de enkele overeenkomst al de eigendom van een individueel bepaalde zaak tussen partijen overgaan, zodat de koper, of begiftigde de zaak als eigenaar kan opvorderen en dus in feite revindiceert.<sup>682</sup> Gaat het echter om een soortzaak, dan zal eerst individualisatie nodig zijn, voordat de eigendom overgaat, vgl. art. 1585 CC: het wegen, tellen of meten zet de genuszaak om in een specieszaak. De koper kan weliswaar nakoming vorderen, maar kan niet als eigenaar optreden, hetgeen juist belangrijke voordelen met zich meebrengt, zoals hieronder zal blijken. Dat de schuldenaar in principe gehouden is tot de uitvoering van de overeenkomst, blijkt uit de artt. 1184 en 1610 CC, waarop al eerder gewezen werd. Omdat de wetgever geweld tegen de persoon van de schuldenaar heeft willen vermijden, kan de schuldeiser echter in dit soort gevallen niet altijd met succes optreden.

Is de schuldenaar een bepaalde roerende zaak verschuldigd, dan wordt de uitvoerbare titel aan een deurwaarder gegeven, die de zaak weghaalt en ter beschikking stelt van de schuldeiser, het eigendomsrecht is immers al op de schuldeiser overgegaan. Aldus is de uitvoe-

<sup>681</sup> Dekkers II, no. 340; Delva, blz. 182 e.v., 284 e.v.; Kluyskens I, blz. 123 e.v.; De Page III, no. 97; Storme, blz. 224-225; Vandeputte X, blz. 4 e.v., 68, 153 e.v.; dez., Overeenkomst, blz. 241.

<sup>682</sup> Vgl. artt. 711, 938, 1138 en 1583 CC.

ring in natura mogelijk. Gaat het om door de schuldenaar te leveren zaken die slechts met hun hoeveelheid of hoedanigheid aangeduid zijn, met andere woorden genuszaken, dan is de rechtstreekse uitvoering niet mogelijk. De schuldenaar kan niet gedwongen worden tot individualisatie of specificatie over te gaan. Zoals hierna zal blijken, biedt -gelukkig- art. 1144 CC dan een mogelijkheid: de rechter kan de schuldeiser machtigen zich de verschuldigde zaak aan te schaffen buiten de schuldenaar om, maar wel op diens kosten. Kan de prestatie niet van een ander verkregen worden, dan staat de schuldeiser machteloos wat de uitvoering betreft, hoogstens kan een dwangsom nog een prikkel tot nakoming vormen, maar anders resteert slechts schadevergoeding in geld.

Bezien we de eigendomsoverdracht van onroerende goederen,<sup>683</sup> dan valt op dat scherp onderscheiden moet worden tussen de rechtshandeling die door de contracterende partijen tot stand gebracht wordt en de door de wet vereiste vormvoorwaarden die de verkoop tegen derden werking wil laten verkrijgen. Met andere woorden, er moet een onderscheid gemaakt worden naar de eigendomsoverdracht tussen partijen en de werking hiervan jegens derden.

Zoals al opgemerkt komt de overeenkomst tussen koper en verkoper tot stand door hun enkele wederzijdse toestemming. Het betreft hier een regel van aanvullend recht, zodat partijen kunnen overeenkomen dat de eigendomsoverdracht uitgesteld wordt, bijvoorbeeld tot het moment van het verlijden van de authentieke akte.<sup>684</sup> Dat de overeenkomst is gesloten, kan op grond van art. 1582 CC uit een onderhandse akte blijken. Hierna kan ieder van de bij de koop betrokken partijen van de wederpartij eisen dat deze meewerkt aan het vervullen van de voorwaarden die de overeenkomst werking ten opzichte van derden verschaft. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van het Hof van Beroep te Gent dd 12 oktober 1979, RW 1979-1980, 2935. Wordt deze medewerking niet verleend, dan kan de rechter door middel van een vonnis de benodigde medewerkingshandelingen vervangen. Het gaat hier om de uitvoering van de wettelijke vormvoorschriften waaraan een verbintenis om te doen moet voldoen, waarbij, zoals we hieronder zullen zien, op grond van art. 1144 CC door een rechterlijke machtiging kan worden ingegrepen. Er kan derhalve een vonnis verkregen worden dat de benodigde formaliteit, het opmaken van de notariële akte, waaraan een van beide partijen weigert mee te werken, vervangt.<sup>685</sup>

Illustratief is het vonnis van de burgerlijke rechtbank te Leuven van 10 december 1982, RW 1983-1984, 876, waarbij werd uitgemaakt dat wanneer na onderhandse verkoop van een onroerend goed een van de kopers ten onrechte weigert de authentieke akte te verlijden, de rechter -zoals de verkoper het vraagt- de kopers kan bevelen om samen met de verkoper de akte te verlijden, met dien verstande dat een tweede notaris benoemd wordt teneinde de niet-verschijnende of de weigerende partijen te vertegenwoordigen.

In deze uitspraak springen drie punten naar voren.

<sup>683</sup> Delva, blz. 182 e.v., 284 e.v.; Vandeputte X, blz. 189 e.v.

<sup>684</sup> Dekkers II, no. 800; Delva, blz. 182-183; De Page IX no. 86; Vandeputte X, blz. 5, 153 e.v.; Cass. 11 december 1953, Pas. 1954 I, 295; Cass. 12 februari 1971, Pas. 1971 I, 536.

<sup>685</sup> De Page III, no. 94 e.v.; Vandeputte X, blz. 154; Cass. 2 juli 1874, Pas. 1874 I, 244.

Allereerst gaat het hier om een koper die weigert mee te werken aan het opmaken van de authentieke akte. In de regel, zowel in Nederland als in België, is het niet de koper maar de verkoper die de overeenkomst weigert na te komen. De verkoper kan er veel belang bij hebben dat de afspraak daadwerkelijk nagekomen wordt: de "koper" was de enige serieuze belangstellende in de vele maanden dat het huis te koop stond, zodat niet te verwachten is dat zich snel een andere gegadigde meldt. Vervolgens rijst de vraag wat er gebeurt als een partij zijn medewerking niet verleent aan het verlijden van de authentieke akte. Uit art. 1 lid 2 Hypotheekwet van 16 december 1851 blijkt dat in kracht van gewijsde gegane vonnissen als uitvoerbare titel kunnen gelden voor de overdracht van onroerende zakelijke rechten. Dit betekent dat behalve ontbinding van de overeenkomst en toekenning van schadevergoeding op grond van art. 1184 CC (wat zeer doeltreffend zal zijn als de verkoper het onroerend goed al voor een tweede maal heeft verkocht bij een notariële en overgeschreven akte) ook uitvoering in natura mogelijk is, doordat de wederpartij gedwongen kan worden mee te werken aan het verlijden van de authentieke akte. De rechter kan ofwel de medewerking van alle partijen aan het verlijden van de akte bevelen, ofwel zijn uitspraak in de plaats van de akte stellen. In dat laatste geval komt het er op neer dat de aangewezen notaris de partijen oproept om de authentieke akte te verlijden; zijn zij niet (allen) aanwezig dan kan hij het vonnis als de toestemming vervangende authentieke titel gebruiken.

In een dergelijk geval, en dat is het derde punt dat van belang is, wordt een tweede notaris aangesteld om de niet-verschijnende of weigerende partij te vertegenwoordigen. Hoewel dit in overeenstemming is met art. 3.11.4 Ned. NBW, is dit voor België opmerkelijk, aangezien hiervoor geen directe wettelijke basis bestaat. Weliswaar komt de figuur van een tweede notaris wel voor in de Code Civil,<sup>686</sup> voor de overdracht van onroerend goed is dit volstrekt nieuw.

De bewoordingen van deze uitspraak waarin de opdracht aan de tweede notaris geformuleerd zijn, doen denken aan art. 1209 lid 3 Ger.W.: "De rechtbank wijst bovendien een notaris aan, die gelast wordt de niet-verschijnende of weigerende partijen te vertegenwoordigen en in hun plaats de akten en processen-verbaal te tekenen, en die bevoegd is om de toewijzingen en andere schuldvorderingen in kapitaal en toebehoren te ontvangen, kwijting ervan te geven met of zonder in de plaatsstelling en, tengevolge van deze betalingen, opheffing te verlenen van elke inschrijving die is of moet worden genomen, van elke overschrijving van bevel en beslag, alsmede van elk verzet indien daartoe grond bestaat." In dat geval gaat het om een gerechtelijke verdeling. De notaris vertegenwoordigt de partijen niet krachtens lastgeving, maar op grond van de wet die ook de bevoegdheden aanduidt:<sup>687</sup> 1. tekenen van de akten en processen-verbaal, 2. de toewijzing en andere schuldvorderingen in kapitaal en toebehoren ontvangen, kwijting ervan geven, met of zonder in de plaatsstelling, 3. als betaald is opheffing verlenen van alle inschrijvingen, overschrij-

<sup>686</sup> Bijv. art. 971 CC: Een testament bij openbare akte is het testament dat voor een notaris in tegenwoordigheid van twee getuigen, of voor twee notarissen verleden wordt.

<sup>687</sup> Vgl. artt. 1209 en 1210 Ger.W.; E. van Hove, De rol van de notaris in het gerechtelijke privaatrecht, in G. van Dievoet (ed.), Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht, Leuven 1976. blz. 157-180.



vingen van bevel of beslag en van ieder verzet, 4. in plaats van de niet-verschijnende personen de toewijzing van de kavels bij loting bijwonen. Achtergrond van art. 1209 Ger.W. is, dat zou deze rechtsfiguur ontbreken, de verdeling van de boedel dikwijls in een impasse zou geraken, omdat de (familie)verhoudingen zo gespannen zijn geworden dat het ophouden en tegenhouden louter om dwars te liggen en de tegenpartij te ergeren een zeer probaat middel wordt geacht. Dit zou tot een patsituatie kunnen leiden, als niet de notaris-vertegenwoordiger die (rechts)handelingen kan verrichten waar partijen in redelijkheid zich niet tegen kunnen verzetten, zodat de normale gang van zaken niet ernstig vertraagd wordt.

Nu kan men opmerken<sup>688</sup> dat in de gevallen als waarover het in deze uitspraak ging geen patsituatie dreigt, omdat een efficiënt rechtsmiddel bestaat: de rechter stelt zijn uitspraak in de plaats van de verklaring van de weigerende of niet-verschijnende partij en dit vonnis kan dan ter overschrijving worden aangeboden, zodat noch de medewerking van de partij zelf, noch van iemand anders nodig is.

Hoewel deze redenering klopt, hoeft dit naar mijn mening niet te betekenen dat daarom de benoeming van een tweede notaris ongeoorloofd is. Niet voor niets zet art. 3.11.4 Ned. NBW drie mogelijkheden naast elkaar: a. de rechterlijke uitspraak vervangt de akte van degene die tot een rechtshandeling is gehouden, b. de rechter wijst een dwang-vertegenwoordiger aan die de rechtshandeling zal verrichten en c. het rechterlijk vonnis treedt in de plaats van de op te maken akte. Bedacht moet worden dat de benoeming van een tweede notaris in zoverre nuttig kan zijn dat mogelijk toch nog wilsovereenstemming tussen betrokken partijen kan worden bereikt. Als stok achter de deur bestaat dan de vervangende toestemming van de tweede notaris. Dat het hier berechte geval niet wettelijk geregeld is en de taak van de notaris dus ook niet in de wet omschreven is, hoeft geen argument van doorslaggevende betekenis te zijn. Er zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de artt. 584 en 585 Ger.W., waar wel een precieze regeling is te vinden voor de voorzitters van de rechtbanken in eerste aanleg die een beheerder voor een moeilijk te vereffenen nalatenschap benoemen.

Dat de verkoper en de koper moeten meewerken aan het opstellen van een authentieke akte heeft als achtergrond dat, hoewel het niets toevoegt aan de overeenkomst tussen partijen, het verlijden van deze akte essentieel is voor de werking tegenover derden van de overdragende overeenkomst, nu de hypotheekbewaarder alleen authentieke of in rechte erkende akten overschrijft op grond van art. 2 lid 1 Hyp.wet. De verplichting tot medewerking steunt direkt op de overeenkomst en staat er los van dat tussen partijen de eigendom al is overgegaan. Dit laatste hoeft immers niet altijd het geval te zijn. Het betreft een regel van aanvullend recht, zodat partijen anders kunnen overeenkomen. Afspraken dat de eigendom van onroerend goed pas over zal gaan bij het verlijden van de notariële akte zijn niet ongewoon. In art. 1584 lid 1 CC wordt gezegd dat "koop kan worden aangegaan hetzij eenvoudig, hetzij onder een opschortende of onder een ontbindende voorwaarde." Voor de verplichting tot meewerken valt te wijzen op art. 1184 CC en voor wat de koop betreft op de artt. 1582, 1583 en 1610 CC. Zou een der partijen zich terugtrekken dan is er sprake van wanprestatie en

<sup>688</sup> Zoals bijv. T. van Sinay in zijn noot bij deze uitspraak in het Rechtskundig Weekblad doet.

wordt niet meer voldaan aan het daar gestelde.

Werkning jegens derden verkrijgt de eigendomsoverdracht of de overdracht van een ander zakelijk recht op een onroerend goed pas als de akte die de overdracht inhoudt overgeschreven is in de bijzondere registers op het kantoor van de hypotheekbewaarder.<sup>689</sup> Zoals hierboven al bleek moet deze overdracht blijken uit een authentieke akte of uit een rechterlijke uitspraak, omdat alleen deze door de hypotheekbewaarder kunnen worden overgeschreven. Achtergrondgedachte bij het stellen van deze publiciteits eis is dat belangstellenden op deze wijze kunnen nagaan aan wie een onroerend goed overgedragen werd en wie eigenaar is. Uitvloeisel hiervan is dat de rechtszekerheid pas optimaal is gewaarborgd als de contractuele overdracht van de eigendom of van een zakelijk recht slechts werking tegen derden verkrijgt na de overschrijving in de registers.

Daarom ook wordt bij de dubbele verkoop van onroerend goed degene die het onroerend goed als tweede koper kocht zonder ervan op de hoogte te zijn dat er al een (eerste) verkoopovereenkomst bestond beschermd en geldt deze als eigenaar wanneer hij als eerste de eigendomsverkrijging op het kantoor van de hypotheekbewaarder liet overschrijven in de registers. De tweede koper die in de registers naspeuringen doet, zal immers slechts ontdekken dat de verkoper als eigenaar is ingeschreven en hij zal niets van de verkoop kunnen achterhalen als deze (nog) niet is ingeschreven. Nu er niets op zijn gedrag valt aan te merken, zal hij beschermd moeten worden, omdat anders het stelsel zoals dat blijkt uit artikel 1 lid 1 Hyp.wet ondergraven wordt. We zien dat in dit soort gevallen de belangen van de koper die (als eerste) voor inschrijving zorgde prevaleren. De andere koper vist achter het net en kan de verkoper aanspreken tot vergoeding van de schade. Aangezien schadevergoeding in natura (de overdracht van het onroerend goed) onmogelijk is, zal de schadevergoeding in geld luiden.

Voor de verkoop van roerende goederen bestaat echter een geheel andere situatie. Hier bestaat geen register dat de publiciteit garandeert. Het enige dat als publiciteit kan gelden is het bezit van het goed. Zo zegt art. 2279 CC dat bij roerend goed ervan uit dient te worden gegaan dat de bezitter te goeder trouw eigenaar is. Dit betekent dat tussen partijen de eigendom van het roerend goed weliswaar is overgegaan bij de verkoop conform de artt. 1138 en 1583 CC, maar dat er slechts werking tegenover derden bestaat als de koper het goed in bezit heeft gekregen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat art. 1141 CC bepaalt: "Indien de zaak die men zich achtereenvolgens verbonden heeft te geven of te leveren aan twee personen, een zuiver roerende zaak is, heeft degene van beiden, die in het werkelijk bezit ervan gesteld is, de voorkeur en blijft hij eigenaar ervan, ook al is zijn titel van latere datum, mits althans het bezit te goeder trouw is." De tweede koper kan immers aan de neus (of een ander lichaamsdeel) van de verkoper niet zien dat deze wanprestatie pleegt jegens de oorspronkelijke koper door voor de tweede maal te verkopen als de zaak nog afgegeven kan worden. De regel van art. 1141 CC heeft geen betrekking op het geval dat de eerste koper ontdekt dat er sprake is van een dubbele verkoop en hij, door de roerende zaak in bezit te

<sup>689</sup> Vgl. het Hof van Beroep Luik, 22 januari 1953, Pas. 1953 II, 63; Hof van Beroep Gent 11 juni 1985, RW 1986-1987, 589; Thuysbaert, no. 25; Van Velten, blz. 210.

krijgen, de tweede koper voor is.

De problemen waartoe botsende rechten kunnen leiden hoeven hier niet verder besproken te worden. Verwezen mag worden naar de bijdrage van L. de Keyser en P. Bogaert, die als bijlage is toegevoegd bij het preadvies Bescherming van kopers van woningen voor de jaarvergadering van de Koninklijke Notariele Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985.<sup>690</sup>

Al met al kunnen we tot de conclusie komen dat de verbintenis om een zaak te geven zich leent voor uitvoering in natura.

#### 9.4.1.3 De verbintenis om iets te doen of niet te doen

Aan de verbintenissen om iets te doen of niet te doen<sup>691</sup> zijn in boek III, hoofdstuk III, afdeling III, de artt. 1142-1145 CC gewijd. Deze bepalingen stemmen overeen met de Nederlandse artt. 1275-1278 BW. Bij een vergelijking tussen deze artikelen komt, nog meer dan bij de verbintenis om iets te geven de grote mate van overeenstemming naar voren. Slechts de vertaling uit het Frans verschilt een weinig. Zo zien we "iedere verbintenis" (art. 1142 CC) en "alle verbintenissen" (art. 1275 BW), "schadevergoeding" (art. 1143 CC) en "vergoeding van kosten, schaden en interessen" (art. 1276 BW). Dat het Belgische wetboek daarbij moderner schijnt is niet verwonderlijk, Bedacht moet worden dat in België van oudsher uitsluitend de Franse tekst gold en pas een kwart eeuw geleden door de commissie Van Dievoet een authentieke Nederlandse tekst is opgesteld en dat de Franse en Nederlandse tekst in feite slechts sinds korte tijd evenveel geldingskracht hebben. Het enige artikel van de wet van 30 december 1961 zegt dan ook "Twistvragen gegrond op het verschil tussen de Nederlandse en Franse teksten worden beslist naar de wil van de wetgever, die bepaald wordt volgens de gewone interpretatieregelen, zonder voorrang van de ene tekst op de andere." We kunnen dan ook de conclusie trekken dat de Nederlandse en Belgische teksten gelijkwaardig zijn. Niet geheel gelijk is echter de uitwerking die aan de artt. 1142-1144 in België gegeven wordt door rechtspraak en doctrine.

In beginsel kan de schuldeiser de schuldenaar tot de werkelijke uitvoering van de door hem aangegane verbintenis om te doen of niet te doen noodzaken, dat wil zeggen dat in principe rechtstreekse uitvoering/ uitvoering in natura mogelijk is. Weliswaar lijkt dit in tegenspraak met de bewoordingen van art. 1142 CC maar de rechtspraak is al van oudsher zo gevestigd. Aangezien bijvoorbeeld dwang op de persoon niet toegelaten is, geldt dit beginsel niet onverkort. Soms is de uitvoering van de verbintenis in natura niet (meer) moge-

<sup>690</sup> Zie voor Frankrijk de bijdrage van R. Saint-Alary op blz. 153-154, 240-241 en 248.

<sup>691</sup> Dekkers II, no. 340 e.v.; Delva, blz. 179-180; Kluyskens I, blz. 142 e.v.; Van Ommeslaghe, TPR 1984, blz. 197 e.v., speciaal blz. 202-207; De Page III, no. 94 e.v.; M. van Ruymbeke, Et si la resolution n'était plus judiciaire ... , Revue Generale des Assurances et des Responsabilités, 1978 no. 9850 en 9876; Storme, blz. 223-225; Vandeputte, Overeenkomst, blz. 241 e.v.

lijk.<sup>692</sup> Is afgesproken voor 15 mei een japon te maken in verband met een trouwerij, dan is er niets meer aan te doen als de japon pas na het huwelijk in ontvangst genomen kan worden. Is er beloofd een geheim te bewaren, dan zal bij schending van dit geheim de situatie niet meer terug te draaien zijn. Ook als de uitvoering van de verbintenis afhangt van de persoonlijke inzet van de schuldenaar is uitvoering in natura niet mogelijk: een zangeres die moet optreden zal hoogstwaarschijnlijk minder zuiver en met minder inspiratie zingen als het "een verplicht nummer" wordt. Is een pianist gecontracteerd om op maandag 15 september 1986 om 20.15 uur in concertgebouw "De Vereniging" te Nijmegen op te treden en verschijnt hij niet, dan is er niets meer aan te doen. Overigens zou deze dwang in de praktijk weinig opleveren. Bovendien is de lijfswang in burgerlijke zaken in het Belgische recht afgeschaft bij wet van 31 januari 1980, waardoor de artt. 2059-2070 CC vervielen.<sup>693</sup>

Dat het beginsel van uitvoering van de verbintenis in natura geldt en dat schadevergoeding in geld/bij wijze van equivalent een surrogaat is, valt af te leiden uit een aantal wetsbepalingen en een aantal rechterlijke uitspraken.

Allereerst -en het meest in het oog springend- zien we in de artt. 1143 en 1144 CC enige hulpmiddelen om de moeilijkheden, die kunnen rijzen door het bepaalde in art. 1142 CC, enigszins te verhelpen, want het daar bepaalde is een duidelijke uitzondering op dit artikel en verklaart de uitvoering in natura in de daargenoemde gevallen geoorloofd. Zo zegt art. 1143 "niettemin" en art. 1144 "ook". In art. 1143 CC wordt de schuldeiser het recht toegekend om datgene te laten vernietigen op kosten van de schuldenaar, wat deze in strijd met de verbintenis verrichtte. Het voorbeeld dat vrijwel steeds wordt aangehaald bij de behandeling van dit artikel is dat een contractueel bouwverbod overtreden is, waarna de uitgevoerde werken afgebroken mogen worden. Afgesproken is bijvoorbeeld om niet op minder dan vijf meter afstand van de grensscheiding te bouwen. Wordt een voliere op twee meter afstand van de scheiding gebouwd, dan zal de rechter een machtiging kunnen verstrekken dat de voliere afgebroken mag worden.

Art. 1144 CC houdt in dat de schuldeiser zich door de rechter kan laten machtigen om de met de schuldenaar afgesproken prestatie door een derde op kosten van de schuldenaar te laten verrichten. In dit geval kunnen we denken aan de plicht om juist wel te bouwen. Stel een aannemer heeft zich verplicht om een garage te bouwen naar een bepaald bestek, weigert hij het werk uit te voeren of is hij anderszins in gebreke, dan kan de schuldeiser gemachtigd worden een andere aannemer in te schakelen. Alle extra te maken kosten, waaronder de meerprijs die de tweede aannemer berekent, zijn te verhalen op de eerste aannemer.

<sup>692</sup> Dekkers II, no. 181; Ronse, no. 276 e.v.; Cass. 6 maart 1919, Pas. 1919 I, 80; Cass. 30 januari 1965, Pas. 1965 I, 538 "Het is niet juist, dat de niet-nakoming van een verbintenis om niet te doen, alleen vatbaar zou zijn voor een gedwongen uitvoering in de vorm van een equivalent en niet in natura. De rechtstreekse uitvoering is de normale wijze van uitvoering zowel bij verbintenissen om iets te doen als bij die om iets niet te doen. De uitvoering in de vorm van een equivalent dringt zich echter op, wanneer o.m. de rechtstreekse uitvoering niet of niet meer mogelijk is."

<sup>693</sup> Zie hierover A. Vandeplass, Het einde van de lijfswang, Rechtskundig Weekblad 1979-1980, 2079-2080.

Deze beide artikelen wijzen erop dat in alle gevallen waarin de schuldeiser van een verbintenis om te doen of niet te doen indirect en zonder dwang op de persoon van de schuldenaar het uiteindelijk resultaat, de uitvoering in natura, kan verkrijgen door een derde in te schakelen, dit geoorloofd is en dat de schuldenaar de extra kosten hiervan moet dragen. In beide artikelen gaat het om een discretionaire bevoegdheid, twee maal wordt gesproken van "kan". Zo kan men zich voorstellen dat het belang van de schuldeiser te gering is: de aanneemer moest contractueel op 9 november met de bouw van het huis starten, maar vangt zijn werkzaamheden pas een week later aan; het contractueel bouwverbod wordt zo uitgelegd dat het slechts op omvangrijke gebouwen doelt en niet op de kleine fontein die sierlijk het water de lucht inspuist. Ook de rechter hangt deze opvatting, al meer dan een eeuw, aan. Cass. 2 juli 1874, Pas. 1874 I, 244, sprak al uit: het staat de rechter vrij om, ingeval de verbintenis niet tenuitvoer gebracht wordt, de schuldeiser te machtigen om de verbintenis, op kosten van de schuldenaar, zelf uit te voeren.<sup>694</sup>

Voor de werking van deze artikelen geldt dat aan een drietal eisen moet zijn voldaan: a. rechtstreekse uitvoering moet van belang zijn voor de schuldeiser (latere uitvoering heeft geen nut), bijv. de bouw van een paviljoen voor een te houden tentoonstelling; b. de tenuitvoerlegging moet mogelijk zijn door een ander dan de schuldenaar, zodat verbintenissen aangegaan met het oog op de persoon van de schuldenaar niet in aanmerking komen voor tenuitvoerlegging in natura, vgl. het opschilderen van een huis met het schilderen van een portret; c. de rechter moet een machtiging verlenen opdat duidelijk is dat aan de verbintenis door de schuldenaar niet is voldaan en latere uitvoering geen zin heeft. Door de tweede eis te stellen wordt duidelijk dat in een aantal gevallen de feitelijke omstandigheden de rechtstreekse uitvoering onmogelijk kunnen maken, vgl. het voorbeeld van de afspraak een geheim niet te openbaren.

Een andere, bijna vanzelfsprekende, beperking is er in gelegen dat de rechter geen machtiging kan verlenen om werken uit te voeren als dit in strijd zou komen met hetgeen de overheid in het algemeen belang bevolen heeft.<sup>695</sup>

Vervolgens moet men de reikwijdte van art. 1142 CC niet overschatten. Het begrip "verbintenis om te doen" wordt hier gesteld tegenover de verbintenissen om te geven. Dit laatste begrip moet zoals we hierboven gezien hebben, ruim uitgelegd worden en omvat niet alleen de verbintenissen die een zakelijk recht aan de schuldeiser verschaffen, maar ook de verbintenissen die een zaak als voorwerp hebben en tot de

<sup>694</sup> Zie ook Hof van Beroep Gent 15 december 1971, RW 1971-1972, 913, waar overwogen werd: "In een wederkerig contract kan een partij, ingeval van wanprestatie vanwege de tegenpartij, in rechte ofwel de uitvoering vorderen ofwel de ontbinding met schadevergoeding, ofwel een tussenoplossing kiezen en zich beperken tot een schadevergoeding, omdat de uitvoering reeds beëindigd is, zij het op een gebrekkige manier ... De uiteindelijke beslissing behoort echter aan de rechter die niet gebonden is door de keus van de schuldeisers." Hier blijkt duidelijk dat de rechter een discretionaire bevoegdheid bezit en daarbij geheel vrij is in zijn keuze: partijen kunnen hem niet hun wil opleggen, hoogstens kunnen zij een voorkeur uitspreken.

<sup>695</sup> Cass. 27 april 1962, Pas. 1962 I, 938.

teruggave, het genot of het bezit ervan strekken. Het betekent dat art. 1142 CC niet toepasselijk is in geval toegezegd is kosteloos een zaaltje ter beschikking te stellen, de verhuurder het genot van het gehuurde ter beschikking moet stellen en het gehuurde moet onderhouden en de bewaargever de zaak kan terugkrijgen. In al deze gevallen kan de schuldeiser zich met behulp van de sterke arm, manu militari, in het bezit doen stellen van de zaak waar hij recht op heeft.<sup>696</sup>

Daarnaast kan men de schuldenaar een rechtsgevolg, dat wil zeggen een abstract feit, opdringen. Dit in tegenstelling tot het afdwingen van een concrete daad: *nemo praecise ad factum cogi potest*. De rechter heeft het mogelijk geacht dat hij

- de eigendomsoverdracht vaststelt;<sup>697</sup>
- beslist dat zijn vonnis als authentieke koop- of huurakte zal gelden;<sup>698</sup>
- scheidsrechters benoemt op grond van een arbitraal beding;<sup>699</sup>
- verklaart dat zijn beslissing als toestemming zal gelden, wanneer een partij binnen een redelijke tijd een bouwplan moet goedkeuren.<sup>700</sup>

Het verdient vermelding erop te wijzen dat de schuldeiser die vooruitloopt op een rechterlijke machtiging het gevaar loopt dat de rechter naderhand niet instemt met zijn vordering. In de uitspraak van het Hof van Beroep Brussel van 6 februari 1952, RW 1951-1952, 1040, verviel de aansprakelijkheid van de aannemer wegens wanprestatie, omdat de aanwezigheid hiervan niet meer kon worden nagegaan ten gevolge van een door de aanbesteder in de stand van zaken aangebrachte wijziging, vooruitlopend op een rechterlijke machtiging.<sup>701</sup>

Interessant is ook de opmerking van Van Lennep VI, blz. 16, dat "het beginsel vervat in art. 1142 CC op processueel gebied niet dezelfde draagkracht heeft als op contractueel gebied. Processueel kan inderdaad de weigering iets te doen of iets te laten door rechtstreekse uitvoering ontzenuwd worden ... . De stelregel "*nemo praecise potest cogi ad factum*" is geen stelregel van procesrecht, althans niet als regel met volstreckte draagkracht." In deze gevallen van hoogst persoonlijke aangelegenheden erkent het materiele recht de aanspraak en laat het formele recht toe dat ze in een vonnis zou worden vervuld, maar het verhindert ook de tenuitvoerlegging van dat vonnis. Als art. 1142 CC voorschrijft dat bij niet-uitvoering de verbintenis om te doen opgelost wordt in schadeloosstelling, is de formulering van het artikel onnauwkeurig: wanneer de schuldenaar zijn verbintenis om te doen niet nakomt, kan hij daartoe veroordeeld worden; de gedwongen ten-

<sup>696</sup> Vgl. Dekkers II, no. 992; Kluyskens I, blz. 123 en 143.

<sup>697</sup> Vgl. art. 1138 CC; Cass. 30 januari 1965, Pas. I, 538.

<sup>698</sup> Vgl. art. 1 Hyp.Wet; Rb Leuven 10 december 1982, RW 1983-1984, 876.

<sup>699</sup> Cass. 8 juni 1849, Pas. 1850 I, 81.

<sup>700</sup> Cass. 5 januari 1968, RW 1967-1968, 1535.

<sup>701</sup> Vgl. Kruitthof, TPR 1983, blz. 639 e.v. en 673; Van Ommeslaghe, TPR 1984, blz. 205. Zie ook: Rb. van Koophandel Kortrijk 10 mei 1958, RW 1958-1959, 1975; Hof van Beroep Gent 15 december 1971, RW 1971-1972, 913; Rb. van Koophandel Brussel 7 april 1977, BRH 1978, 635: er mocht zonder rechterlijke machtiging opgetreden worden nu het dringende reparaties betrof. Zie ook HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478.

uitvoerlegging is onmogelijk en wordt vervangen door schadeloosstelling.

De conclusie hieruit kan dus zijn, dat wanneer de uitvoering in natura nog mogelijk is, hieraan de voorkeur gegeven dient te worden. Is de uitvoering niet (meer) mogelijk, zowel als het een verbintenis om iets te doen als om iets te laten betreft, dan moet de schuldeiser zich tevreden stellen met een uitvoering bij wijze van equivalent, hetgeen meestal een geldsom zal betekenen.<sup>702</sup>

Wat de werkelijke inhoud van art. 1142 CC na de invoering van de dwangsom (artt. 1385 bis e.v. Ger.W.) in het Belgische recht in 1980 is, wordt treffend door Kruithof aangegeven: "Artikel 1142 BW betekent thans slechts dat de gedwongen uitvoering in natura van een verbintenis om iets te doen of niet te doen noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks door middel van fysieke dwang op de persoon van de schuldenaar mag geschieden. Rechtstreekse fysieke dwang uitoefenen is niet toegelaten krachtens het adagium: *nemo potest praecise cogi ad factum*; onrechtstreekse fysieke dwang is uitgesloten nu de lijfswang in burgerlijke zaken volledig is afgeschaft door de wet van 31 januari 1980 betreffende de dwangsom."

"In feite betekent de dwangsomregeling in talrijke gevallen dat de -zij het onrechtstreekse- gedwongen uitvoering in natura van verbintenissen om iets te doen of niet te doen evenzeer mogelijk is als van verbintenissen om iets te geven. Artikel 1142 BW wordt hierdoor ontkracht. Het is te betreuren dat de wetgever de tekst van deze wetsbepaling niet gewijzigd heeft. Belangrijker is echter dat de nieuwe regeling een belangrijke aantasting van de persoonlijke vrijheid van de schuldenaar mogelijk maakt. Men denke bijvoorbeeld aan de toneelspeler die er zich toe verbonden heeft een aantal opvoeringen van een stuk te geven en die zich om artistieke of ethische redenen aan zijn verplichtingen wil onttrekken. Men kan slechts hopen dat de rechter het wapen van de dwangsom in die gevallen niet of met grote omzichtigheid zal hanteren."<sup>703</sup>

Kruithof zou het liefste zien dat de tekst van de artt. 1142-1144 CC grondig gewijzigd zou worden. De nu in de rechtspraak en de volgens de schrijver geldende hoofdregel van tenuitvoerlegging in natura, eventueel op straffe van een dwangsom, zou voorop moeten staan en zou gevolgd moeten worden door de uitzondering van uitvoering bij wijze van equivalent, zoals de jurisprudentie en de doctrine die nu aanneemt voor de gevallen dat uitvoering in natura zou leiden tot een aantasting van de persoon of dat dit niet (meer) mogelijk is.

Een opmerking tot slot. De kort gedingrechtspraak (artt. 584 e.v. Ger.W.) door de presidenten van de rechtbanken heeft zich (nog) niet in diezelfde mate ontwikkeld als in Nederland. Dit betekent dat de rechter mogelijkerwijze rekening zal houden met de lange duur van de procedure en sneller geneigd zal zijn herstel in natura en een lichte vorm van eigenrichting te accepteren.<sup>704</sup>

<sup>702</sup> Deze verhouding kwam ook naar voren in Cass. 23 december 1977, RW 1978-1979, 362; Dirix, no. 58; Kruithof c.s., TPR 1975, blz. 735; A. van Oevelen en D. Lindemans, Het kort geding: herstel van andersluidende beslissing van de bodemrechter, TPR 1985, blz. 1051 e.v., spec. nr. 24 op blz. 1068 en nr. 46 op blz. 1087.

<sup>703</sup> TPR 1983, blz. 670 resp. 672.

<sup>704</sup> Zie hierover: Blaauw, blz. 33; Kruithof, TPR 1983, blz. 639 e.v.;

#### 9.4.1.4 De gelijkstelling van de notariële akte

Zoals hierboven al werd aangeduid, worden vonnissen, authentieke akten en in rechte of voor de notaris erkende onderhandse akten naast elkaar gesteld voor de overschrijving in de registers.<sup>705</sup> De bepaling, art. 2 Hyp.wet, waarin dit geregeld wordt is te beschouwen als een uitwerking van de algemene regel zoals die is vastgelegd in de wet van 25 ventose jaar XI (16 maart 1803). Nodig voor de uitvoering, ongeacht of deze in natura (rechtstreekse uitvoering) dan wel bij wijze van equivalent (gelijkwaardige uitvoering) moet plaatsvinden, is een uitvoerbare titel. Hieronder verstaat men de geschreven akte waarmee de schuldeiser desnoods de openbare macht in beweging kan brengen om uitvoering van zijn recht te verkrijgen.<sup>706</sup> Juist omdat niemand eigen rechter mag spelen en de rechter het bestaan van rechten moet vaststellen, is het niet verwonderlijk dat het rechterlijk vonnis het belangrijkste voorbeeld van zo'n uitvoerbare titel is. De organen van de staat die de dwanguitvoering moeten verwezenlijken, gehoorzamen immers niet aan de richtlijnen van particulieren en bovendien moet, voordat zij op zullen treden, objectief vaststaan dat er grond voor zulk optreden bestaat.

Een andere belangrijke categorie van uitvoerbare titels vormen de notariële akten. Evenals de rechter is ook de notaris een openbaar ambtenaar. Zoals we gezien hebben kan de notariële akte beschouwd worden als het document waarin de schuldenaar, voordat een eventueel geschil ontstaat, een uitvoerbare titel tegen zichzelf aan de schuldeiser verschaft voor het geval zich zo'n conflict later wel zal voordoen, terwijl de rechter zo'n uitvoerbare titel achteraf, als er een conflict bestaat, verschaft.<sup>707</sup> De grossen van zo'n akte staan wat de uitvoeringskracht betreft bijna gelijk met een vonnis. Zij kennen hetzelfde opschrift en dezelfde uitvoeringsclausule. Art. 1386 Ger.W. zegt: "Vonnissen en akten kunnen alleen ten uitvoer worden gelegd op over-

---

J. Laenens, *Kroniek van het gerechtelijk recht (1983-1984)*, RW 1984-1985, 1752-1754 en 1760-1761; *Sauveplanne*, blz. 60; *Schuermans c.s.*, TPR 1984, blz. 584 e.v.; I. Verougstraete, *Het kort geding, recente trends*, TPR 1980, blz. 258 e.v.; Hof van Beroep 24 juni 1982, RW 1983-1984, 295: De rechter in kort geding is ermee belast ingeval van urgentie bepaalde billijke wachttoestanden in te richten totdat de betwisting ten gronde worde beslecht. Hij kan onder meer de voortzetting van een contract bevelen. De voorlopige aard van zijn beslissing en het voorschrift van art. 1039 Ger.W. beletten dat hij een declaratoir van rechten doet of nog de rechtspositie van partijen onherroepelijk vaststelt. De rechter in kort geding is bevoegd om een dwangsom uit te spreken.

<sup>705</sup> K. Baert, *Algemene beginselen van bewarend beslag*, TPR 1980, blz. 280-308, no. 22, 37, 50, 52; *Dekkers II*, no. 338-339; Van Hove, *De rol van de notaris in het gerechtelijk privaatrecht*; Van Lennep, deel VI, blz. 70 e.v.; Thuysbaert, no. 32; Vandeputte, *Overeenkomst*, blz. 240, 390 e.v.; artt. 1317 e.v. CC.

<sup>706</sup> *Dekkers II*, no. 337.

<sup>707</sup> De notaris is niet de enige die authentieke akten kan verlijden, ook deurwaarders, officieren van de burgerlijke stand, burgemeesters en provinciegouverneurs hebben deze bevoegdheid (op een bepaald gebied). Vgl. Thuysbaert, nr. 11 e.v., speciaal nr. 27 e.v. over de gedeelde bevoegdheid; Vandeputte, *Overeenkomst*, blz. 390; Raad van State 10 juli 1984, RW 1984-1985, 545.



legging van de uitgifte of van de minuut, voorzien van het formulier van de tenuitvoerlegging dat de Koning bepaalt." Ter uitvoering van deze bepaling is op 27 mei 1971 een Koninklijk Besluit tot vaststelling van het formulier van tenuitvoerlegging van de arresten, vonnissen, beschikkingen, rechterlijke bevelen of akten die dadelijke tenuitvoerlegging medebrengen uitgevaardigd.

Dat de notariële akten de schuldeiser het voorrecht van de dadelijke uitwinning geven, dat wil zeggen dat de schuldeiser met een notariële akte dadelijk tot dwanguitvoering mag overgaan, zonder eerst een rechterlijke uitspraak te moeten verkrijgen, berust met name op art. 19 lid 1 en 25 van de wet van 25 ventose jaar XI (16 maart 1803), waarvan de authentieke Nederlandstalige tekst werd vastgesteld bij wet van 9 april 1980, de wet tot regeling van het notarisambt. Art. 19 lid 1 zegt: "Alle notariële akten leveren bewijs op in rechte en zijn in het gehele Rijk uitvoerbaar," art. 25 luidt: "Alleen de grossen worden in uitvoerbare vorm afgegeven; zij hebben hetzelfde hoofd en slot als de grossen van de vonnissen van de rechtbank."

Akte en vonnis staan echter niet geheel gelijk. Allereerst kan degene die op grond van een notariële akte tot dadelijke uitwinning wil overgaan uitsluitend de uitvoering in natura, niet de gelijkwaardige uitvoering bij wijze van equivalent bewerkstelligen. Beslag is op grond van art. 1494 Ger.W. slechts mogelijk voor vaststaande en zekere zaken, zodat wanneer dit niet het geval is, omdat de opeisbare schuld niet een geldsom betreft (dat wil zeggen dat de schuldeiser schadevergoeding in geld wegens de niet-uitvoering van de verbintenis zoals die is neergelegd in de notariële akte vordert), alsnog de rechter in de zaak gemengd moet worden om de geldswaarde te bepalen. (Vgl. art. 1498 Ger.W.)

Vervolgens kan de schuldenaar steeds de bevoegdheid van de schuldeiser om tot dadelijke uitwinning over te gaan betwisten. Zo kan er verschil van mening bestaan over de uitvoering van de verbintenis: de schuldeiser meent dat deze uitvoering beneden peil is en wil daarom overgaan tot dadelijke uitwinning, terwijl de schuldenaar meent met de uitvoering binnen de omschrijving van de verbintenis gebleven te zijn. De rechter moet dan uitmaken welke partij het gelijk aan haar zijde heeft.

Tenslotte kan de schuldenaar op grond van art. 1244 CC ondanks de dadelijke uitwinning steeds uitsel vragen van het tijdstip of de termijn waarop gepresteerd moet worden. Het artikel zegt dat de rechter van deze bevoegdheid met grote omzichtigheid gebruik moet maken en daarbij rekening moet houden met de termijnen die de schuldenaar reeds heeft genoten. Het slot van de bepaling spreekt duidelijk uit dat deze bevoegdheid de rechter niet alleen toekomt als hij zich reeds eerder over de zaak gebogen heeft en wanprestatie aannam, maar "ook wanneer de schuld blijkt uit een andere authentieke akte dan een vonnis." Niet verwonderlijk is het dat het Hof van Cassatie op 18 januari 1924 (Pas. I, 138) tot de conclusie kwam dat de verschilpunten tussen een vonnis en een authentieke akte zodanig groot zijn, dat, ook al bezit de schuldeiser al een uitvoerbare titel tot dadelijke uitwinning op grond van een notariële akte, hij toch de bevoegdheid heeft alsnog een vonnis tegen zijn schuldenaar te vorderen.

#### 9.4.1.5 Enige rechtspraak en literatuur over herstel in natura

Een bekende vorm van herstel in natura of in specifieke vorm<sup>708</sup> is de bevoegdheid om tot publikatie van het vonnis over te gaan. Zo besliste de rechtbank in Turnhout op 15 februari 1967, RW 1966-1967, 1618 (Elma Chain Stores-Vermeer Thijs) dat de gedaagde zich schuldig had gemaakt aan onrechtmatige mededinging door ongeoorloofde en fictieve prijsvergelijking, werd een verbod opgelegd zich nog met dergelijke praktijken bezig te houden en werd eiseres gemachtigd het vonnis te publiceren. Daarbij werd onder meer overwogen dat de bevoegdheid van de gewone rechterlijke macht niet beperkt is tot het vaststellen van de vergoedingen en veroordeling tot de geldelijke sommen die de schade herstellen, doch dat de gewone rechter bevoegd is om een zo passend mogelijk herstel der veroorzaakte schade op te leggen om desnoods alle bevelen of verboden uit te vaardigen die er toe kunnen strekken een reeds ingetreden maar voortdurende schade stop te zetten of een toekomstige schade te voorkomen.<sup>709</sup>

Verband hiermee houdt het bij wet van 23 juni 1961 toegekende recht van antwoord in geval van wetenschappelijke, artistieke en literaire kritieken, welk recht echter niet bestaat voor economische, politieke of sportkritiek (vgl. art. 1 lid 2 van de wet). Blijkens het eerste artikel van de wet kan een recht van antwoord worden uitgeoefend door iedere natuurlijke of rechtspersoon, als hij, hetzij bij name, hetzij indirect in een dag-, week- of maandblad (een periodiek geschrift) genoemd is. Niet is vereist dat het betwiste schrift een aanval, een kritiek of enigerlei telastelegging inhoudt tegen degene die dit vordert of dat het geschrift hem nadeel berokkent. (Vgl. Cass. 14 oktober 1974, Pas. 1975 I, 188). Op grond van art. 4 van deze wet wordt de

<sup>708</sup> Zie hiervoor ook de rechtspraakoverzichten in o.a. het Tijdschrift voor Privaatrecht en het Rechtskundig Weekblad. Te noemen zijn speciaal: R. Kruithof, H. Moons en C. Paulus, Overzicht van de rechtspraak (1965-1973) verbintenissen, TPR 1975, blz. 439-542 en 715-784, speciaal blz. 734-737; R. Kruithof, Overzicht van rechtspraak (1974-1981) verbintenissen, TPR 1983, blz. 495-717, speciaal blz. 639-641, 670-673; P. van Ommeslaghe, Examen de jurisprudence (1968-1973) les obligations, Revue Critique de Jurisprudence Belge 1975, blz. 423-538 en 597-736, speciaal blz. 303-306; L. Schuermans, Overzicht van rechtspraak (1961-1968) Onrechtmatige Daad (schade en schadeloosstelling), TPR 1969, blz. 73-141, spec. blz. 84-86; L. Schuermans e.a., Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1969-1976), TPR 1977, blz. 433-604, speciaal blz. 468-470; L. Schuermans e.a., Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1977-1982), TPR 1984, blz. 511-878, spec. blz. 552-555. Zie ook Dirix, no. 61 en 62.

<sup>709</sup> Zie voor andere gevallen: Schuermans e.a., TPR 1977, blz. 468 e.v. en TPR 1984, blz. 554; Ronse, no. 300. Zie over het hiermee verband houdende onderwerp "De eer en goede naam in het Belgisch privaatrecht", het preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland van de hand van H. Vandenberghe, Zwolle 1972, speciaal blz. 18-19. Over de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België: het gelijknamige preadvies voor dezelfde vereniging van A. van Oevelen, Zwolle 1984, spec. blz. 36 e.v., 110-114, 166 e.v. en 200-201.

weigering om zo'n antwoord op te nemen van een strafsancie voorzien. Bij wet van 4 maart 1977 is de wet van 23 juni 1961 gewijzigd en het recht tot antwoord uitgebreid tot audiovisuele middelen. Ook in dat soort gevallen blijft het recht tot antwoord beperkt tot de strikte rechtzetting van de onjuiste feiten of het antwoord op een aantasting. Geen beperking bestaat er naar de aard van de uitzendingen die tot het antwoord leiden.<sup>710</sup>

Illustratief is de uitspraak van het Hof van Cassatie d.d. 23 december 1977, Pas. 1978 I, 477: Hoewel, behalve in de door de wet bepaalde gevallen, geen fysieke dwang op de persoon van de schuldenaar mag worden uitgeoefend, betekenen de artikelen 1142 en 1144 BW geenszins dat de schuldenaar van een verbintenis om te doen de vrije keuze heeft tussen het uitvoeren van de verbintenis of het betalen van schadevergoeding. Daarmee wordt nogmaals vooropgesteld dat de uitvoering in natura prevaleert boven die bij wijze van equivalent.

Uit Hof van Cassatie 26 juni 1980, Pas. I, 1341 kunnen we afleiden dat in het geval een onrechtmatige daad is gepleegd, de gelaedeerde een veroordeling tot herstel in natura kan verzoeken als dit mogelijk is en geen rechtsmisbruik<sup>711</sup> oplevert, zelfs als de onrechtmatige daad door de overheid begaan werd. Bij de tenuitvoerlegging zal in dergelijke gevallen de overheid zelf handelend moeten optreden. Het is dan niet mogelijk dat de schuldeiser gemachtigd wordt ex art. 1144 CC om in de plaats van de overheid zelf het werk uit te voeren als deze in gebreke blijft. Immers het algemeen beginsel van de continuïteit van de openbare dienst op grond waarvan de goederen van een publiekrechtelijke instantie niet het voorwerp kunnen zijn van een gedwongen tenuitvoerlegging, wordt dan geschonden. In casu was de Belgische overheid veroordeeld om in de kazerne die aan de eigendom van de gedaagde grensde, een dakgoot, rechtstreekse uitzichten en luchtgaten te doen verwijderen die zich gedeeltelijk op genoemde eigendom bevonden of daarop uitzicht gaven, waarbij werd toegestaan, in het geval de staat die werken niet uit zou voeren, zelf die werken te doen uitvoeren op kosten van de Belgische staat. Het Hof van Cassatie vernietigde de uitspraak van de rechtbank. In dit geval was het verbinden van een dwangsom aan de afspraak de aangewezen weg geweest. Wel moet m.i. bedacht worden, dat een bevel om schade in natura te herstellen geen inmenging in de uitoefening van het overheidsgezag oplevert. Hoe het herstel in natura tenuitvoer gelegd wordt, moet de overheid uitmaken. Dit zal niet door de rechter beoordeeld mogen worden. Het bevel om de schade in natura te vergoeden is echter een toepassing van de regels van het commune recht zoals vervat in de Code Civil.

Uit Cass. 27 april 1962, Pas. I, 938, was al af te leiden dat de rechter geen herstel in natura kan bevelen als dit in strijd zou komen met hetgeen de overheid bevolen of verboden heeft.<sup>712</sup> Eenzelfde opvatting

<sup>710</sup> Zie kort geding Rb Brussel 17 april 1981, RW 1981-1982, 1627; Ballon, Dwangsom, no. 99; zie over de termijn voor het recht tot antwoord: Hof van Beroep Antwerpen 17 december 1981, RW 1982-1983, 451.

<sup>711</sup> Vgl. Cass. 10 september 1971, Pas. 1972 I, 28. Dat er geen herstelverplichting voor de benadeelde bestaat blijkt onder meer uit Cass. 13 januari 1983, RW 1985-1986, 307 en de daar opgesomde uitspraken. Dirix, no. 58.

<sup>712</sup> Zie ook Hof van Beroep Gent 27 mei 1983, RW 1983-1984, 1087: herstellplicht bij schade toegebracht aan nutsbedrijf.

over de beperktheid van de bevoegdheden van de rechter blijkt uit de uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 23 november 1982, RW 1984-1985, 2830, inzake het toekennen van een academische graad: de rechtbanken kunnen wel de daarvoor in het leven geroepen examen-commissies bevelen de beraadslagingen nopens het diploma aan te vangen of te hervatten, maar het behoort niet tot de bevoegdheid van de rechtbanken in de plaats van die administratieve overheden een beslissing te nemen.

Opmerking verdient dat uit Cass. 23 maart 1984, RW 1984-1985, 15 blijkt dat de Raad van State, die oordeelt als administratieve rechter, niet bevoegd is om rechtsherstel te bevelen. Elk geschil betreffende het herstel van een op onrechtmatige wijze gekrenkt recht, hetzij burgerlijk, hetzij politiek, behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbanken van de gewone rechterlijke macht.<sup>713</sup>

Een vraag die rijst is of de aanspraakgerechtigde steeds een geldelijk herstel kan vorderen in plaats van het herstel in natura (vgl. par. 249 lid 2 BGB). Als de benadeelde geen redelijk belang kan aantonen om het aangeboden herstel in natura af te wijzen, zal hij ertoe genoopt moeten worden dit herstel te aanvaarden.<sup>714</sup> Anders echter voor het geval dat er een redelijk belang bestaat voor de benadeelde om het aangeboden herstel in natura te weigeren, wat opweegt tegen het daarmee strijdige belang van de aansprakelijke. Heel duidelijk blijkt dit bij de aanspraak op schadeloosstelling na de verbreking van een verlovning. Degene wiens verlovning verbroken werd zal steeds het aanbod van de ander om alsnog in het huwelijk te treden mogen afwijzen, hoewel dit theoretisch het meest passende herstel zou zijn.<sup>715</sup>

Twee opmerkingen resteren tot slot. Allereerst dat in het voorafgaande met name aandacht is besteed aan de artt. 1138 en 1142-1144 CC. Uit deze bepalingen viel af te leiden dat de tenuitvoerlegging in natura voorop staat.<sup>716</sup> Dit blijkt ook uit een andere bepaling van de Code Civil, namelijk art. 1184. Het tweede lid, tweede zin brengt dit duidelijk naar voren: "De partij, jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, heeft de keus om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering mogelijk is, ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding."<sup>717</sup>

<sup>713</sup> M. Storme, Zoute nootjes bij "zoete" arresten, RW 1984-1985, 1409; A. van Oevelen, Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken? Enige beschouwingen bij het cassatiearrest van 23 maart 1984, RW 1984-1985, 1413.

<sup>714</sup> Cass. 10 september 1971, Pas. 1972 I, 28; zie ook art. 1410 Ned. BW.

<sup>715</sup> Ronse, no. 292-293.

<sup>716</sup> Zo ook voor de verdeling en inbreng bij erfenissen, vgl. de artt. 826 e.v., 843 e.v. BW en Cass. 11 januari 1985, RW 1985-1986, 651.

<sup>717</sup> Zie hierover: Kruithof, TPR 1983, blz. 640-641; Van Ommeslaghe, RCJB 1975, blz. 598 e.v., speciaal blz. 603-606; Van Ruymbeke, RGAR 1978, no. 9850 en 9876; Vanwijck-Alexandre, blz. 294 e.v.; Hof van Beroep Gent 15 december 1971, RW 1971-1972, 913.

Vervolgens dat buiten het kader van deze rechtsvergelijkende notities moet blijven een onderzoek naar de vraag in hoeverre rechtstreekse tenuitvoerlegging bij verbintenissen met tijdsbepaling mogelijk is. Dit onderwerp wordt door M. Vanwijck-Alexandre in haar proefschrift<sup>718</sup> besproken, met name op de blz. 212-243. Ik meen de geïnteresseerde lezer(es) hiernaar te mogen verwijzen. Ook wordt geen aandacht besteed aan de belofte tot verkoop (art. 1589 CC).<sup>719</sup>

#### 9.4.2 Frankrijk

Zoals hierboven bleek, bouwt het Belgische recht (en in mindere mate ook het Nederlandse recht) voort op het Franse voorbeeld. Al is er langzamerhand een gradueel verschil ontstaan tussen beide rechtsstelsels<sup>720</sup> toch behandelen vele schrijvers beide landen gezamenlijk gezien de vele punten van overeenstemming.<sup>721</sup> In de literatuur worden rechtspraak en schrijvers uit het buurland geciteerd.<sup>722</sup> Omdat ik beide landen niet gezamenlijk behandel, wil ik hier nog kort enige aandacht aan het Franse recht wijden.<sup>723</sup>

<sup>718</sup> Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme, collection scientifique de la faculté de droit Liege, no. 46, Liege 1982.

<sup>719</sup> Zie hierover o.m. Dekkers II, no. 861-863; Delva, blz. 236; Van-deputte, Overeenkomst, blz. 43 e.v.; Van Velten, blz. 211-212.

<sup>720</sup> Bijvoorbeeld ten aanzien van de dwangsom (vgl. Storme, no. 10) en het hypotheekrecht (in België zijn de artt. 2092 e.v. CC al bij wet van 16 december 1851 vervangen).

<sup>721</sup> David gaat uit van gelijkkludend recht in België en Frankrijk en wijst in no. 83 en 102 op verschilpunten. Uit de serie monografieën Nieuw BW geef ik de volgende voorbeelden: O.K. Brahn, Overdracht, nr. B 6a, blz. 9, 31, 64; W.J.M. Davids, Mandeligheid, nr. B 27, blz. 22; A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, nr. A 1, blz. 15; F. Molenaar, Algemene bepalingen zekerheidsrechten, nr. B 11, blz. 21 e.v.; G.J. Scholten, Grondslag en bronnen van verbintenissen, nr. A 2, blz. 21 e.v.; A.A. van Velten, Koop van onroerende zaken, nr. B 65c, blz. 8, 52-53; zo ook al Van Velten in zijn proefschrift, blz. 208-210.

<sup>722</sup> Bijv. G. Vandenbergh, TPR 1984, blz. 461 e.v.; zie ook de al genoemde handboeken.

<sup>723</sup> Zie over de periode tot 1789: J.P. Dawson, The Equitable Remedies of the French Chancery before 1789, in: Festschrift für Ernst Rabel, band 1, Tübingen 1954, blz. 99-140.

<sup>724</sup> Blaauw, blz. 23 e.v.; P. Cuhe et J. Vincent, Voies d'exécution et procédures de distribution, Précis Dalloz, 9. ed., Dalloz 1966, no. 6 e.v.; J.P. Dawson, Specific Performance in France and Germany, Michigan Law Review, vol. 57, 1958-1959, blz. 495-538; V. Drabe, Die Naturalerfüllung im französischen Recht mit Hilfe der "Astreinte", diss. Frankfurt am Main, 1968, blz. 18 e.v.; P. Herzog, Civil procedure in France, The Hague 1967, no. 1304 e.v. (blz. 556 e.v.); W. Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Revue trimestrielle de droit civil 1976, blz. 700-724; H. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, obligations; théorie générale, 6. ed. door M. de Juglart, Paris

Uit de door mij bestudeerde literatuur<sup>724</sup> blijkt dat Belgisch en Frans recht op het punt van de execution en nature vrijwel identiek zijn. Daarom vat ik deze kort samen.

Wanneer men in Nederland spreekt over "reële executie", gebruikt men een term die etymologisch gezien de inhoud maar voor een beperkt deel dekt. In Frankrijk wordt een zuiverder term gebruikt: "exécution directe" of "execution en nature". Hiermee wordt duidelijk aangegeven dat de schuldeiser krijgt waar hij recht op heeft: de afgesproken prestatie en niet een surrogaat ofwel "execution par equivalent".

Voor de vraag of execution en nature mogelijk is, moet onderscheiden worden naar de aard van de prestatie. Gaat het om een geldschuld, dan kan men volhouden dat via beslaglegging en verkoop van het beslagen goed inderdaad verkregen wordt waarop men recht heeft. Alleen onvermogen van de schuldenaar kan een beletsel vormen.

Heeft de verbintenis om te geven betrekking op een bepaalde zaak, dan levert execution en nature in principe geen problemen op, omdat naar Frans recht overeenkomsten tevens de eigendomsoverdracht inhouden (vgl. ook art. 1138 CC): de schuldeiser vordert dan zijn eigendom op. De verbintenis om te geven houdt in feite een eigendomsverkrijging in (n.b. ten aanzien van onroerend goed werkt de eigendomsoverdracht tegen derden pas door de overschrijving in de openbare registers), zodat het niet verwonderlijk is dat een vonnis tot levering reël executabel is.<sup>725</sup> Bij dit alles past de kanttekening dat de execution en nature feitelijk onmogelijk kan zijn, bijv. wanneer de schuldeiser enige hectoliters wijn uit eigen wijngaard verkocht heeft, maar de oogst erg tegenvalt. Gaat het om een soortzaak, dan zal eigendomsoverdracht plaatsvinden via individualisatie. Kan de schuldeiser deze individualisatie zelf tot stand brengen, dan is er geen vuiltje aan de lucht en wordt hij door de individualisatie eigenaar. Moelijker wordt het wanneer de schuldeiser aangewezen is op de medewerking van de schuldenaar bij de individualisatie. De verplichting om te geven lost zich dan op in een (hieronder te bespreken) verbintenis om te doen.

Wordt een verbintenis om te doen of om niet te doen niet uitgevoerd, dan lost de verbintenis zich op grond van art. 1142 CC op in schadevergoeding. Achtergrond van deze bepaling is, dat iemand vrijwillig moet voldoen en niet tegen zijn wil gedwongen kan worden: *nemo praecise ad factum cogi potest*. Hoe kan men een acteur dwingen die weigert zijn rol te vertolken? Art. 1142 wordt echter gevolgd door de artt. 1143 en 1144, die een inbreuk maken op de hoofdregel en betrekking hebben op gevallen dat niet de persoonlijke medewerking van de schuldenaar nodig is. Het eerstgenoemde artikel houdt in, dat de schuldeiser het recht heeft om de vernietiging te vorderen van hetgeen in strijd met de verbintenis verricht is. Het andere artikel zegt dat de

---

1978; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris 1957, no. 1601 e.v.; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2. éd., t. VII obligations 2. partie, Paris 1954, no. 775 e.v.; Sauveplanne, blz. 33 e.v.; B. Starck, *Droit civil, obligations*, Paris 1977, no. 2034 e.v.; A. Vaccharezza, *La France/Frankrijk in Le notariat latin de demain/Het latijnse notariaat van morgen*, blz. 11 e.v., resp. blz. 349 e.v. (speciaal blz. 113 e.v. resp. 351 e.v.); A. Weill et F. Terré, *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 2. éd., Dalloz 1975, no. 829 e.v.; Zweigert und Kötz, blz. 186 e.v.

<sup>725</sup> Sauveplanne, blz. 39; Van Velten, blz. 209.

schuldeiser door de rechter kan worden gemachtigd om zelf de verbintenis op kosten van de schuldenaar uit te (laten) voeren. Drie vereisten spelen: a. execution en nature moet nog van belang voor de schuldeiser zijn (latere uitvoering heeft geen nut), bijv. de bouw van een paviljoen voor een te houden tentoonstelling, b. de tenuitvoerlegging moet mogelijk zijn door een ander dan de schuldenaar, zodat verbintenissen aangegaan met het oog op de persoon van de schuldenaar niet in aanmerking komen voor execution en nature, vgl. het opschilderen van een huis met het schilderen van een portret, en c. de rechter moet een machtiging verlenen, opdat duidelijk is dat aan de verbintenis door de schuldenaar niet voldaan is en latere uitvoering geen zin heeft. Door het tweede vereiste te stellen, wordt duidelijk dat in een aantal gevallen de feitelijke omstandigheden execution en nature onmogelijk maken, bijv. bij schending van de afspraak om een geheim niet te openbaren. Lost een verbintenis om te geven zich op in een verbintenis om te doen, doordat de schuldenaar niet meewerkt aan individualisatie van de soortzaken, dan kan de koper door de rechter gemachtigd worden om een soortgelijke zaak als het gekochte op kosten van de schuldenaar van een derde te verkrijgen. Uit de geschiedenis van art. 1142 en de inbreuken daarop door de artt. 1143 en 1144, wordt wel de conclusie getrokken dat execution en nature mogelijk is wanneer men de uitvoering van de verbintenis om (niet) te doen kan verkrijgen zonder dat men psychisch of fysiek geweld tegen de schuldenaar hoeft te gebruiken. Immers het mag toch niet mogelijk zijn dat de schuldenaar, die in staat is aan de verbintenis te voldoen, door eigen traagheid of onwil het voorwerp van de verbintenis wijzigt.

#### 9.4.3 Italië

Van oorsprong is het Italiaanse recht<sup>726</sup> beheerst door het Romeinse recht en speciaal door de Digesten, de laat-Romeinse tekstenverzameling van Justinianus, zoals die uitgelegd en ontwikkeld werd door de Italiaanse juristenschool in de twaalfde eeuw. Deze invloed is niet verwonderlijk, want in feite zijn de Italianen als de nazaten van de Romeinen te beschouwen, en daarnaast, als het werk van glossatoren en commentatoren in de Renaissance van invloed geweest is op het rechtsdenken in vrijwel geheel Europa, dan ligt het voor de hand dat hun ideeën doorgedrongen zijn in het Italiaanse rechtsdenken. In ver-

<sup>726</sup> Zie over het Italiaanse recht in het algemeen: M. Cappelletti, *Der italienische Zivilprozess*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1966, blz. 254-296, spec. blz. 292-293; M. Cappelletti e.a., *The Italian legal system*, Stanford California 1967; M. Cappelletti and J.M. Perillo, *Civil procedure in Italy*, Colombia University School of Law Project on International Procedure, The Hague 1965; O. Checci, *Nozioni di diritto*, vol. I, Milano 1980; David, no. 27, 36, 40, 44, 54, 67, 68, 81, 83, 90, 95, 102-105 en 112; Lokin en Zwolve, blz. 139 e.v., spec. blz. 209 e.v.; G. Luther, *Einführung in das Italienische Recht*, Darmstadt 1968; Sauveplanne, blz. 89 e.v.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, undicesima edizione, manuali giuridici: 1, Milano 1981. Met dank aan mw. A.A.M. de Jonge, die mij meer inzicht gaf in het Italiaanse recht.

band hiermee staat ook de grote rol die het canonieke recht in de rechtsontwikkeling in Italië gespeeld heeft.

Zoals in zoveel staten hebben ook hier de in opdracht van Napoleon vervaardigde wetboeken een grote rol gespeeld. Napoleon wist verschillende delen van het huidige Italië onder zijn heerschappij te brengen en liet zich in 1805 tot koning van Italië kronen, terwijl zijn broer Joseph Bonaparte koning van Napels werd. Behalve de Code Civil (in 1806) werden ook de andere wetboeken ingevoerd. Deze Napoleontische wetgeving bleef in de meeste gebieden na de restauratie van het oude gezag (althans in grote trekken) gehandhaafd, omdat ze beter aansloot bij de eisen van die tijd. Ook de rechtsontwikkeling bleef onder invloed staan van de Franse codificatie.

Toen in 1861 de Italiaanse eenheidsstaat geproclameerd werd, moest er nieuwe, algemeen geldende wetgeving uitgevaardigd worden. Dit werden de Codice Civile en de Codice di Procedura Civile uit 1865, wetboeken met eenzelfde indeling als de Franse.

Aan het einde van de negentiende eeuw trad onder invloed van de Duitse Pandektisten een opleving van de Italiaanse rechtswetenschap op. Dit resulteerde in een streven tot vernieuwing in het licht van de ontwikkelingen in Duitsland (waar in 1879 de Zivilprozessordnung en in 1900 het Bürgerliches Gesetzbuch in werking traden) en Oostenrijk (waar in 1898 de Exekutionsordnung ingevoerd werd). Dit leidde tot de vaststelling van de teksten voor twee nieuwe wetboeken die in 1942 in werking traden. De fascistische elementen die opgenomen werden zijn inmiddels alle verwijderd.

Hoewel de Duitse invloed groot geweest is, is er geen duidelijke breuk met het verleden en is de stijl meer Frans gebleven. Zo kent de Codice Civile geen algemeen deel. Het extreme individualisme zoals dat in de wetboeken uit 1865 gold, is geprobeerd om te buigen: het private bezit is de kern van de zakenrechtelijke regeling, maar de nadruk ligt daarbij op de beperkingen van de eigendom en op de verplichtingen die de rechtsorde de eigenaar oplegt. In het overeenkomstenrecht staat de partij-autonomie nog centraal, maar deze is aan beperkingen onderhevig. Zo kan een overeenkomst die niet onder één van de in het wetboek met name genoemde valt, alleen vatbaar zijn voor gedwongen tenuitvoerlegging als zij gericht is op de verwezenlijking van belangen die bescherming verdienen.<sup>727</sup>

Al met al is de Codice Civile een overzichtelijk opgebouwd, bondig geformuleerd wetboek dat in ongeveer 3000 artikelen<sup>728</sup> getracht heeft de maatschappelijke verhoudingen op privaatrechtelijk gebied (inclusief het handelsrecht) in zes boeken te regelen. De Codice di Procedura Civile sluit hier nauw bij aan. Voor ons van belang is met name het zesde boek van de Codice Civile over de rechtsbescherming, waar onder meer de inschrijving in de registers, het bewijsrecht, de verjaring, de zakelijke zekerheidsrechten en in de artt. 2910-2933 het beslag- en executierecht (de gedwongen executie) geregeld zijn. Ons gaat het om titel IV, hoofdstuk II, afdeling II "dell' esecuzione in forma specifica" (van de gedwongen tenuitvoerlegging in specifieke vorm), de artt. 2930-2933 Codice Civile (CCI) en de daarbij aansluitende

<sup>727</sup> Cappelletti e.a., blz. 224, 235-236; Cappelletti and Perillo, blz. 1-16, 25-46, Luther, blz. 15-16 en 21 e.v., 35-36 en 118; Sauveplanne, blz. 89-91. Art. 1322 Codice Civile.

<sup>728</sup> 31 artikelen bij wijze van inleidende artikelen, gevolgd door een aantal artikelen, genummerd tot en met 2969, er zijn echter bepalingen vervallen. Luther, blz. 35.



tende artt. 605-614 Codice di Procedura Civile (CPC), boek III, titel III "dell' esecuzione per consegna o rilascio" en titel IV "dell' esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare", respectievelijk betrekking hebbend op de overdracht van roerende en onroerende zaken en de gedwongen tenuitvoerlegging van verbintenissen om te doen en niet te doen. Kortom, de risarcimento in forma specifica en esecuzione in forma specifica zullen ons bezighouden (herstel resp. schadevergoeding in specifieke vorm).

Zoals vrijwel overal kent ook het Italiaanse recht sancties ter handhaving van de vastgestelde rechtsregels. In het privaatrecht is er veelal sprake van indirecte sancties. Zo kan een kunstschilder die weigert een portret te schilderen hiertoe niet gedwongen worden (*nemo praecise ad factum cogi potest*), maar kan in dergelijke gevallen slechts schadevergoeding in geld verkregen worden. Dat er ook directe sancties bestaan, zal hieronder blijken: dat zullen veelal voorbeelden van *esecuzione in forma specifica* zijn (bijv. het afbreken van een muur op grond van art. 2933 die in strijd met een contractueel bouwverbod verzezen is).<sup>729</sup>

Komt de schuldenaar zijn verplichting niet na en heeft de rechter dit vastgesteld, dan zal er een *processo esecutivo* volgen. Doel is het verkrijgen van schadevergoeding in geld dan wel in natura. Meestal zal het om de betaling van een geldsom gaan, hetzij ter bestrijding van de kosten die zijn gemaakt (het loon van de sloper die de muur moest afbreken), hetzij als schadevergoeding. In een aantal gevallen echter kan *esecuzione in forma specifica* geëist worden, bijvoorbeeld de overdracht van een bepaalde zaak. Is *esecuzione in forma specifica* mogelijk, dan kan de schuldeiser in principe voor deze mogelijkheid kiezen in een aan te spannen procedure. Hij mag echter altijd genoegen nemen met schadevergoeding in geld. Gedurende een procedure kan in plaats van een *esecuzione in forma specifica* steeds alsnog een geldbedrag geëist worden, maar het omgekeerde is uitgesloten.<sup>730</sup> Overigens moet bedacht worden dat een veroordelend vonnis niet steeds tot een gedwongen tenuitvoerlegging hoeft te leiden. Allerlei omstandigheden als familieverbanden, arbeidsrechtelijke betrekkingen en grondrechten kunnen bewerkstelligen dat het veroordelend vonnis niet vatbaar is voor gedwongen tenuitvoerlegging.<sup>731</sup>

Blijkens art. 2932 CC<sup>732</sup> kan de rechter in een constitutief vonnis een overeenkomst voor gesloten verklaren. Hierbij moeten we denken aan een voorovereenkomst (*preliminare*) waarbij de essentiële punten van de definitief te sluiten overeenkomst al bepaald zijn, maar een der partijen toch nog weigerachtig wordt en niet verder wil meewerken. Een mooi voorbeeld, lid 2 verwijst ernaar, biedt de verkoop van onroerend goed, waarbij de verkoper naderhand weigert aan de overdracht mee te werken. De rechter kan dan de eigendomsoverdracht laten plaats hebben onder de voorwaarde dat de koper de afgesproken koopprijs voldoet. Dit wordt de "*esecuzione specifica dell' obbligo di concludere un*

<sup>729</sup> Torrente-Schlesinger, par. 3, blz. 11-12.

<sup>730</sup> Cappelletti en Perillo, blz. 153-154.

<sup>731</sup> Torrente-Schlesinger, blz. 277.

<sup>732</sup> Art. 2932: Executie in specifieke vorm van de verplichting een contract te sluiten. Zie over zo'n overeenkomst Luther, blz. 46-47, Torrente-Schlesinger par. 288, blz. 489-493.

contratto" genoemd, of zoals wij het zouden noemen. de reele executie van de verplichting om een overeenkomst te sluiten.

Dit sluit aan bij de leidende Italiaanse principes dat de gedwongen tenuitvoerlegging door de rechter bevolen mag worden, als dit praktisch is en mits erom verzocht is en dat de schuldeiser zo mogelijk in dezelfde positie gebracht moet worden als wanneer er geen inbreuk op zijn rechten gemaakt werd. De gedwongen tenuitvoerlegging is hiervoor een belangrijk hulpmiddel. Zo kan de rechter op grond van art. 120 CPCI rectificatie bevelen op kosten van de gedaagde in een of meer dagbladen.<sup>733</sup>

In de regel worden drie wijzen van tenuitvoerlegging onderscheiden:

- a. *espropriazione forzata*, die betrekking heeft op de gedwongen verkoop van goederen, teneinde aan een rechterlijk bevel tot betaling van een geldsom te voldoen;<sup>734</sup>
- b. *esecuzione per consegna o rilascio*, die betrekking heeft op het vonnis tot eigendomsoverdracht (art. 2930 CCI);
- c. *esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare* (de tenuitvoerlegging van rechterlijke bevelen om te doen of niet te doen), de art. 2931 en 2933 CCI.

Aangezien eerstgenoemde vorm betrekking heeft op het verhalen van een geldsom en dus niet overeenstemt met hetgeen wij onder het Nederlandse begrip reele executie willen verstaan, zal deze vorm verder buiten beschouwing blijven en zullen we ons op de beide andere vormen richten. Vermelding verdient dat de dwangsom nagenoeg onbekend is in het Italiaanse recht.<sup>735</sup>

Bezien we eerst de *esecuzione per consegna o rilascio* (art. 2930 CCI en artt. 605-611 CPCI).<sup>736</sup>

Een uitspraak waarin de overdracht of afstand van roerende of onroerende zaken bevolen wordt, is vatbaar voor gedwongen tenuitvoerlegging, mits het species- en geen genuszaken betreft. Dit betekent dat de verplichting om twee paarden over te dragen niet afdwingbaar is, maar dat de afgifte van de dekhengst "Sultan" wel afgedwongen kan worden. De groep van gevallen waarin de afgifte van een zaak bevolen wordt moet niet te ruim genomen worden. Zo wordt in meerderheid aangenomen dat de "afgifte" van een persoon, zoals in zaken aangaande ouderlijke macht en voogdij, niet mogelijk is. Vgl. art. 474 CPCI.

De hier te bespreken procedure kan alleen gestart worden als de eiser over een executoriale titel beschikt en kan, enkele uitzonderingen buiten beschouwing gelaten, alleen gericht worden tegen de schuldenaar en niet tegen een derde die eigenaar van de zaak is. De procedure wordt voor de pretore gevoerd, dat wil zeggen voor de hiërarchisch laagste rechterlijke instantie met onafzetbare rechters. In deze procedure neemt de deurwaarder een belangrijke plaats in. Allereerst treedt hij vaak in de procedure op namens de eiser. Daarnaast is hij nauw betrokken bij de eigendomsverschaffing. Betreft het roerend goed, dan neemt hij dit bij de schuldenaar weg om het vervolgens aan de schuldeiser of zijn vertegenwoordiger te overhandigen. Gaat het om onro-

<sup>733</sup> Cappelletti en Perillo, blz. 148-149, 153-154; Torrente-Schlesinger, par. 156, 256 en 288, blz. 276-277, 453-454 en 489-493.

<sup>734</sup> Cappelletti-Perillo, blz. 323-333; Torrente-Schlesinger, par. 156, blz. 276-277.

<sup>735</sup> Cappelletti-Perillo, blz. 335.

<sup>736</sup> Zie over de koop van een stuk grond: Luther, blz. 61 en 69.

rend goed, dan stelt de deurwaarder nog een termijn van tenminste drie dagen aan de schuldenaar om vervolgens tot ontruiming over te gaan, waarbij politiehulp ingeroepen kan worden. De deurwaarder draagt hierna -in de regel zonder rechterlijke tussenkomst- de eigendom over aan de schuldeiser, bijvoorbeeld door hem de sleutels te verschaffen, waarschuwt derden als huurders wie de nieuwe eigenaar geworden is en slaat eventueel achtergebleven goederen op totdat de eigenaar ze afhaalt. De pretore wordt slechts in de zaak gemengd als zich problemen voordoen.<sup>737</sup>

De executiekosten worden door de pretore op grond van een door de deurwaarder opgemaakt verslag vastgesteld en de beslissing vormt een executoriale titel.<sup>738</sup>

De tenuitvoerlegging van rechterlijke bevelen om te doen of niet te doen, *esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, is geregeld in de artt. 2931 en 2933 CCI en de artt. 612-614 CPCl.

Wordt een verplichting om te doen door de rechter geeffectueerd doordat uitgesproken wordt dat iemand anders, een derde, voor de schuldenaar zal optreden, bij een verplichting om niet te doen kan de rechter alleen ingrijpen als het mogelijk is om datgene wat ten onrechte geschied is weer ongedaan te maken. Bijzonder is dat de ongedaanmaking alleen kan geschieden als dit niet schadelijk is voor de nationale economie, welke beperking ik in geen ander rechtstelsel ben tegengekomen. Is aan deze eisen niet voldaan, dan resteert slechts schadevergoeding in geld.

Een verbintenis om te doen of niet te doen kan alleen gedwongen tenuitvoergelegd worden als deze verplichting is vastgelegd in een executoriale titel. Onverschillig is het daarbij of de verplichting op een zakelijk of op een persoonlijk recht berust. Wel is vereist dat de verplichting door een ander dan de schuldenaar kan worden ingelost, wat niet het geval is als het een artistieke prestatie betreft.

Ook hier is het de pretore die het rechterlijk bevel verleent en ook nu neemt de deurwaarder een voorname positie in. In dergelijke gevallen wordt de deurwaarder namelijk belast met het toezicht op de derden die het rechterlijk bevel feitelijk moeten uitvoeren door bijvoorbeeld een muur te bouwen of af te breken. Ook nu kan de deurwaarder politiehulp inroepen. De schuldeiser zal de te maken kosten moeten voorschieten en zal regelmatig deze kosten kunnen declareren. Stemt de pretore met de declaratie in, dan levert deze bewilliging een executoriale titel op, waarna de schuldeiser zonodig via *espropriazione forzata* (verkoop van goederen ter inning van een geldvordering) zijn vordering kan innen.<sup>739</sup>

Voor de goede orde moet tot slot vermeld worden dat niet alleen rechterlijke beslissingen een executoriale titel kunnen opleveren. Net als in de overige landen die het Latijnse notariaat kennen, levert ook in Italië een notariële akte een executoriale titel op. Andere niet-judiciële executoriale titels vormen bepaalde beslissingen van de overheid, speciaal degene die betrekking hebben op belastingen.<sup>740</sup> Vgl. art. 474

<sup>737</sup> Er bestaat in Italië geen kadaster, vgl. Luther, blz. 61.

<sup>738</sup> Cappelletti-Perillo, blz. 333-335; Torrente-Schlesinger, par. 156, blz. 276-277.

<sup>739</sup> Cappelletti-Perillo, blz. 335-337; Torrente-Schlesinger, par. 156, blz. 276-277.

<sup>740</sup> Cappelletti-Perillo, blz. 320 en 334.

Andere bepalingen uit de Codice Civile waar nog op valt te wijzen zijn:  
 - art. 2058: schadevergoeding in specifieke vorm (bij onrechtmatige daad). De benadeelde partij kan herstel in specifieke vorm eisen in alle gevallen waarin dat geheel of gedeeltelijk mogelijk is. Niettemin kan de rechter beslissen dat de schadeloosstelling slechts in een equivalent zal plaats vinden als herstel in specifieke vorm een uitzonderlijk groot nadeel voor de debiteur zou opleveren.

- art. 1453: ontbindbaarheid van de overeenkomst door niet-nakoming. Bij een wederkerige overeenkomst kan, wanneer een der contractanten zijn verplichtingen niet nakomt, de ander naar eigen keuze nakoming of ontbinding van de overeenkomst vragen naast, in ieder geval, vergoeding van de schade. Ontbinding kan worden gevraagd ook wanneer de zaak al bij de rechter aanhangig gemaakt is om nakoming te verkrijgen, maar men kan geen nakoming meer vragen wanneer al ontbinding is gevraagd. Vanaf de dag van het verzoek tot ontbinding kan degene die niet nakomt zijn eigen verplichting niet meer vervullen.

Het bovenstaande overziende mag geconcludeerd worden dat de *esecuzione in forma specifica* zoals die in Italië geldt, past in de lijn van de andere Code Civil-landen als Frankrijk zelf en België. Alleen in art. 2933 CCI zijn we iets bijzonders tegengekomen: bij een verbintenis om te doen kan de ongedaanmaking alleen geschieden als dit niet nadelig is voor de nationale economie. Wel moet opgemerkt worden dat het recht om *esecuzione in forma specifica* te verkrijgen duidelijker naar voren komt, al is het alleen maar omdat een artikel waarin vooropgesteld wordt dat verbintenissen om te doen of niet te doen zich in principe oplossen in schadevergoeding in geld (een equivalent van art. 1142 (Fr./Belg.) Code Civil, c.q. art. 1275 (Ned.) BW) hier ontbreekt.<sup>741</sup>

## 9.5 EEN VERGELIJKING VAN DE DIVERSE RECHTSSTELSELS

Hierboven hebben we kennis gemaakt met diverse termen. Zo kwamen we tegen de Anglo-Amerikaanse "specific performance", de Belgische "uitvoering in natura", en "rechtstreekse uitvoering", de Duitse "Naturalvollstreckung" en "Realexekution", de Franse "exécution en nature" en "exécution directe", de Italiaanse "risarcimento in forma specifica" en "esecuzione in forma specifica", het Schotse "specific implement", de Zuid-Afrikaanse "specifieke nakoming" en de Zwitserse "Realerfullung" en "Realexekution". Omdat deze termen niet geheel met ons begrip reële executie overeenstemmen -ieder begrip heeft een eigen inhoud- maar slechts een benadering geven, zal ik deze termen hieronder blijven gebruiken en ze niet vervangen door "reële executie".

<sup>741</sup> Voor degenen die zich nader willen verdiepen in de *esecuzione in forma specifica* kan ik wijzen op: V. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953; S. la China, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile* (Collana: annali fac. giur. univ. Genova, 23), Milano 1970; C. Mandrioli, *L'esecuzione forzata in forma specifica, premesse e nozioni generali* (Collana: quaderni assoc. studiosi proc. civ. IV) Milano 1953.

Als we het voorgaande overzien,<sup>742</sup> kunnen we tot de conclusie komen dat er nogal wat verschillen bestaan.<sup>743</sup> Zo moet het Anglo-Amerikaanse begrip "specific performance" veel enger worden opgevat dan de overeenkomstige continentale termen. Het is beperkt tot een gebod gericht tot de gedaagde persoonlijk, beveelt hem de overeenkomst uit te voeren en heeft de mogelijkheid van bestraffing wegens "contempt of court" tot gevolg in geval hier niet aan voldaan wordt. Dat "specific performance" alleen door de equity-rechter bevolen kan worden, heeft nog steeds grote betekenis, omdat specific performance een "equitable remedy" is en blijft en daarom geweigerd kan worden als dit onbillijkheid zou opleveren, wat niet het geval is bij schadevergoeding in geld.

In het continentale spraakgebruik hebben de begrippen een ruimere betekenis en wordt er elke verrichting mee aangeduid waardoor de schuldeiser datgene verkrijgt wat overeengekomen was. Er valt bijvoorbeeld het geval onder dat de schuldeiser op kosten van de schuldenaar een derde aan het werk zet. Er is dan geen gebod gericht tegen de schuldenaar, maar uit het oogpunt van de schuldeiser bezien is het resultaat gelijk en daar gaat het de schuldeiser om. Het continentale uitgangspunt is dat desgevorderd in beginsel tot naleving van contractuele en andere plichten kan worden bevolen.

Theoretisch is de afgedwongen prestatie de meest passende mogelijkheid, vanuit het standpunt van de schuldeiser geredeneerd, want op deze wijze verkrijgt hij waar hij recht op heeft: de overeengekomen prestatie. Dit ideaal wordt echter door een aantal factoren beperkt. Allereerst zal het afdwingen van een prestatie in strijd kunnen komen met de persoonlijke vrijheid van de schuldenaar, zowel in het geval dat het om een prestatie gaat die de schuldenaar uitsluitend zelf kan verrichten, als in het geval dat de schuldeiser praktisch in dezelfde positie komt door het toekennen van een geldsom. Daarnaast kan het afdwingen van een prestatie een te zware druk op het justitiele apparaat leggen, zeker als dit wordt afgewogen tegen het voordeel dat de schuldeiser van de afgedwongen prestatie geniet. Tot slot heeft de schuldeiser soms liever een geldsom.

Daarom wordt in alle rechtssystemen het principe van het direct afdwingen van een prestatie ingeperkt. Hierbij kunnen drie verschillende benaderingswijzen worden onderscheiden:

- het Duitse systeem (dat in grote lijnen door Zwitserland en Oostenrijk gevolgd wordt): het algemene principe van een af te dwingen prestatie is aanvaard, behoudens enkele uitzonderingen, vgl. par. 249 e.v. BGB en par. 883 e.v. ZPO;
- het Franse (door België en Italië nagevolgde) stelsel: een af te dwingen prestatie is mogelijk met betrekking tot overeenkomsten met een bepaalde inhoud, maar geldt niet als principe voor alle overeenkomsten (vgl. het onderscheid dat gemaakt wordt tussen verbintenissen om te geven, om te doen en om niet te doen) en

<sup>742</sup> Zie onder meer: Blaauw, blz. 54 e.v.; Dawson, blz. 532 e.v.; Treitel, *Encyclopedia of Comparative Law*, blz. 6 e.v., speciaal blz. 22-23; Zweigert und Kötz, blz. 197 e.v.

<sup>743</sup> Bij de vergelijking zal primair aandacht besteed worden aan Engeland/USA, Duitsland en België/Frankrijk, de stelsels van de andere landen bouwen grotendeels voort op en zijn een navolging van de rechtsstelsels in deze landen.

- de Anglo-Amerikaanse opvatting: een af te dwingen prestatie wordt beschouwd als een uitzonderlijke, discretionaire bevoegdheid.

Dit is een in theorie te hanteren onderscheid, maar praktisch gezien is het verschil minder in het oog springend. Zo is het in België en Frankrijk blijkens art. 1142 CC niet mogelijk om een verbintenis om te doen of om niet te doen af te dwingen, maar lost die verplichting zich op in schadevergoeding in geld. De artikelen 1143 en 1144 CC formuleren echter twee uitzonderingen die een zodanige werkingssfeer verkregen hebben dat de vraag gesteld kan worden of de hoofdregel van "in principe niet, maar wel ..." niet inmiddels moet luiden "in principe wel, maar niet ...". Ook in Duitsland zijn de uitzonderingen van de par. 250 e.v. BGB van grote omvang.

Iets anders is of als de prestatie af te dwingen valt de schuldeiser hieraan gehouden is, of dat hij, als hij dit verkiest, schadevergoeding in geld kan ontvangen. In het Anglo-Amerikaanse systeem is het duidelijk dat de schuldeiser steeds de mogelijkheid heeft schadevergoeding in geld te eisen, ook al is het mogelijk om de originele prestatie af te dwingen. Anders is dit echter in de continentale opvatting. Duitsland kent de hoofdregel dat de prestatie zelf voorop staat en dat deze in eerste instantie gevorderd moet worden, maar dat schadevergoeding in geld niet onmogelijk is. (Vgl. par. 250, 251, 283 en 326 BGB). In België en Frankrijk treden twee meningen naar voren: enerzijds is er een groep schrijvers die meent dat er een keuzerecht is, anderzijds wordt verdedigd dat er geen keuzerecht bestaat.<sup>744</sup> In Zwitserland heeft de rechter de vrije keuze tussen schadevergoeding in geld of in natura (artt. 43, 49 lid 2 en 99 OR).

Vervolgens kunnen we ons afvragen in hoeverre, aangenomen dat in zeker opzicht de prestatie af te dwingen is, de schuldeiser zijn recht om aanspraak te maken op de afdwining van de prestatie, kan verliezen. In Anglo-Amerikaanse rechtskringen speelt het probleem nauwelijks nu specific performance een discretionaire en wat uitzonderlijke mogelijkheid vormt. Is het afdwingen van de prestatie hoofdregel, zoals bij het verkrijgen van onroerend goed, dan kan specific performance geweigerd worden wegens "undue delay". In contrast daarmee staat het Duitse stelsel dat veel meer uitgewerkte regels kent om de schuldenaar te beschermen. Hoofdregel is dat geen Naturalherstelling meer geest kan worden als de termijn van de Nachfrist<sup>745</sup> verstreken is, vgl. par. 250 en 283 BGB.

Het grootste verschil dat tussen de hier genoemde stelsels naar voren komt is de bijzondere weg die Frankrijk met de "astreinte" (dwangsom) is ingeslagen. Zolang de regeling van de artt. 1142-1144 CC ontoereikend is, lijkt deze weg bijna onvermijdelijk. Omdat de dwangsom aan de schuldeiser ten goede komt, heeft deze rechtsfiguur zich dan weer meer in de richting van schadevergoeding, dan weer meer in de richting van een privaatrechtelijke straf ontwikkeld, maar het bleef een omstreden rechtsfiguur. Hoe meer de dwangsom de schadevergoeding benaderde, des te geringer werd de werking als dwangmiddel. Werd de richting van een privaatrechtelijke straf ingeslagen, dan werd de vraag waarom de schuldeiser in dit soort gevallen op grond van het

<sup>744</sup> Vgl. Mazeaud et Tunc, *Traité III* (ed. 5) no. 2306 en De Page II, no., 1026, III no. 94(1), Dekkers no., 341.

<sup>745</sup> Dit is een termijn door de schuldeiser aan de schuldenaar gesteld waarbinnen gepresteerd dient te worden, *délai de grace*.

verzuim van de schuldenaar niet alleen schadevergoeding kan verkrijgen, maar ook nog een extra voordeel geniet des te gerechtvaardigder. Dawson, blz. 533, vindt de dwangsom en het hele Franse systeem maar moeilijk te begrijpen en merkt op: "To a person trained in American law it seems hard to believe that so large a percentage of French judicial decisions should be left without effective sanction."

Al met al kunnen we constateren dat enerzijds het continentale recht in principe het afdwingen van de prestatie erkent, terwijl anderzijds het Anglo-Amerikaanse recht dit als buitengewoon en als een discretionaire bevoegdheid voor de rechter ziet. Daarbij moet bedacht worden dat het onderscheid groter lijkt dan het in werkelijkheid is, omdat in het continentale recht belangrijke uitzonderingen voorkomen en de schuldeiser vaak tevreden is met een bedrag in geld, omdat dit veelal eenvoudiger en sneller te verkrijgen is en het resultaat zekerder is. Anderzijds beginnen sommige beperkingen die aan het gebruik van de mogelijkheid tot specific performance gesteld worden te verdwijnen, waarbij de USA voorop loopt en Engeland volgt.<sup>746</sup>

Uiteraard blijven er gevallen bestaan dat het ene rechtsstelsel inhoudt dat aan de oorspronkelijke prestatie vastgehouden wordt, terwijl de andere stelsels genoegen nemen met schadevergoeding. Zo is de lener van een bepaald voorwerp in Duitsland in principe gehouden een vergelijkbare zaak terug te geven als hij de geleende zaak kwijtraakt, terwijl in andere landen een geldelijke vergoeding volstaat. In België en Frankrijk bestaat weinig behoefte aan dwangmiddelen om de verbintenissen om te geven afdwingbaar te maken, omdat daar door de enkele overeenkomst de eigendom al overgaat op de verkrijger, zodat gerevindiceerd kan worden.

Een verschil in benadering zien we bij een vergelijking van het Franse en het Belgische recht met het Anglo-Amerikaanse: wordt in het eerste geval van de schuldeiser uitgegaan, in het andere geval staat de schuldenaar centraal. Waar zowel het Duitse als het Italiaanse burgerlijk wetboek een volgorde bepalen, stelt het eerste de schadevergoeding in natura voorop (par. 249 BGB); het tweede geeft in art. 2058 CCl aan dat dit als de uitzondering beschouwd moet worden die door de aanspraakgerechtigde gevorderd kan worden. Het gaat echter niet op te zeggen dat het ene stelsel altijd meer mogelijkheden biedt, steeds moet dit in concreto bezien worden. Zo gaat het Anglo-Amerikaanse stelsel in het algemeen minder ver wat de afdwinging betreft dan het Franse en het Belgische stelsel, maar gaat het om een prestatie die persoonlijk verricht moet worden door bijvoorbeeld een kunstenaar of acteur, dan biedt het Anglo-Amerikaanse stelsel op grond van de regel van Lumley-Wagner meer mogelijkheden.<sup>747</sup>

Toch moeten we de verschillen ook weer niet als te groot afschilderen door de nadruk al te zeer op die verschillen te leggen. Met name als het om executiemiddelen gaat die geen pressie op de schuldenaar uitoefenen is het verschil gering. Een af te leggen wilsverklaring kan veelal vervangen worden door een rechterlijke uitspraak of door de verklaring van een daartoe aan te wijzen derde. Daarnaast kan de ontruiming

<sup>746</sup> Vgl. het commentaar op par. 2-716 UCC, Kaiser Trading Co. v. Associated Metals & Minerals Corp. (DC Cal.) 321 F. Supp. 923. Zie ook de kritiek van Treitel op blz. 215 e.v. van Specific Performance in *The Sale of Goods*, JBL 1966, blz. 211-231.

<sup>747</sup> Vgl. Treitel in *Encyclopedia*, blz. 12-14.

van onroerend goed afgedwongen worden met behulp van de sterke arm, evenals de afgifte van bepaalde roerende zaken. Daarbij moet bedacht worden dat met name in Duitsland het toepassingsgebied van deze middelen groot is nu par. 888 ZPO hier geen toepassing kan vinden. Evenzo kan steeds de schuldeiser gemachtigd worden een verbin-  
tenis uit te (laten) voeren op kosten van de schuldenaar.<sup>748</sup>

Dat het verschil betrekkelijk klein is, blijkt ook als we zien naar Louisiana, Schotland en Zuid-Afrika. In deze landen, waar eerst het continentale recht gold, maar die later onder Anglo-Amerikaanse invloed kwamen, zien we dat het afdwingen van de prestatie in principe aanvaard wordt, maar dat er (vrijwel) dezelfde regels op dat principe worden toegepast als in de Anglo-Amerikaanse stelsels. Ik denk aan bepalingen als de artt. 1926 en 1927 CCL. In al deze staten vindt effectuering van de uitspraak plaats door middel van de contempt of court procedure.

---

<sup>748</sup> Vgl. Blaauw, blz. 55.



## 10.1 ALGEMEEN

Bij de behandeling van het wordend recht, zoals hoofdzakelijk neergelegd in het Nieuw Burgerlijk Wetboek en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals dat zal luiden nadat de wet van 7 mei 1986, Stb. 295 ingevoerd zal zijn,<sup>749</sup> maar ook in andere regelingen als de Kadasterwet, zullen wij ons hoofdzakelijk richten op de verschillen die bestaan met het geldend recht. In beginsel zal slechts aandacht besteed worden aan regelingen die hetzij wet zijn maar nog niet ingevoerd werden, hetzij deel uitmaken van een wetsontwerp dat bij het parlement aanhangig is. Om die verschillen te kunnen signaleren, zal echter eerst een beschrijving van dat wordend recht nodig zijn.

Voor het NBW zal daarbij uitgegaan worden van de tekst van de wetten van 9 mei 1980, opgenomen in de Staatsbladen 430, 431 en 432, tenzij de diverse gedeelten van de invoeringswetgeving, met name wetsontwerp 17.496<sup>750</sup> een wijziging of aanvulling inhoudt. Voor Rv. zal de wet van 7 mei 1986, Stb. 295, het eerste gedeelte van de invoeringswetgeving, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, centraal staan.<sup>751</sup> Aangezien bij de behandeling van het geldend recht vaak al een overzicht is gegeven van de totstandkoming van de (vergelijkbare) bepaling, diverse opvattingen vergeleken zijn en een keuze gemaakt is, kunnen wij de omvang van dit hoofdstuk beperken. Bedacht moet daarbij worden dat de boeken 1 en 2 NBW al ingevoerd zijn en derhalve onderdeel uitmaken van het geldende recht.<sup>752</sup>

De parlementaire stukken over de diverse onderwerpen zullen veelvuldig geciteerd worden, soms leidt dit tot een compilatie van de kamerstukken, aangezien er relatief gezien weinig literatuur bestaat over het nieuwe recht<sup>753</sup> (waarbij de parlementaire geschiedenis vaak geci-

<sup>749</sup> In het hierna volgende zal veelal naar de voorbereidingsstukken van deze wet verwezen worden als kamerstuk 16.593, ...

<sup>750</sup> Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3).

<sup>751</sup> M.i. ten onrechte werd het wetsontwerp aangeduid als Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw BW. Ter onderscheiding van de huidige bepalingen, zal ik het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat zal luiden nadat dit wetsontwerp aangenomen zal zijn, aanduiden met NRv.

<sup>752</sup> Wetsontwerp 17.725 (zesde gedeelte van de invoeringswetgeving) waarbij de boeken 1 en 2 BW aan de boeken 3, 5 en 6 NBW aangepast zullen worden houdt geen regeling van de reële executie in. Er valt slechts op te wijzen dat aan art. 1:99 een tweede lid zal worden toegevoegd, om te verduidelijken dat ook voor de ontbinding van de huwelijksgemeenschap al een vordering tot verdeling daarvan, etc. overeenkomstig titel 3.7 kan worden ingesteld, indien dit gelijktijdig met de vordering tot echtscheiding, etc. geschiedt.

<sup>753</sup> Bijv. Asser-Hartkamp I, speciaal no. 638 e.v.; A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, tweede druk, Deventer 1984; Jac. Hijma en M.M. Olthof,

teerd wordt) en er vaak slechts een summiere behandeling plaats vindt; ook was het niet mijn bedoeling onafhankelijk van de parlementaire stukken een nieuwe toelichting op de betreffende bepalingen te schrijven. Tevens moet bedacht worden dat het meer dan dertig jaar geleden is dat Meijers zijn eerste ontwerpen publiceerde. Enerzijds biedt dit het voordeel dat aan te brengen aanvullingen, correcties en wijzigingen inmiddels geschied zijn -wij bevinden ons nu in het eindstadium van deze grote wetgevingsoperatie-, zodat wij te maken hebben met de (bijna) definitieve teksten, zoals die hopelijk op korte termijn in werking zullen treden. Anderzijds is dit een duidelijk nadeel, want omissies zijn gesignaleerd, aanvullingen, correcties en wijzigingen zijn aangebracht, allerlei voorstellen ter verduidelijking zijn gedaan, zodat er niet verwacht mag en kan worden dat ik nog eens duizenden één voorstellen doe om de omissies, de onduidelijkheden en de fouten op te heffen. Als laatste nadeel valt aan te merken dat de wetgevingsmachine al zover gevorderd is dat wijzigings- en aanvullingsvoorstellen bijna niet meer te verwerken zijn. Toch zal ik hieronder dit soort voorstellen doen. Uiteraard hoop ik dat de wetgever rekening zal houden met mijn aanbevelingen; is het niet bij de vaststelling van de invoeringswet dan wel bij de eerste wijzigingswet.<sup>754</sup>

Het meest in het oog springend bij het wordend recht is dat de mogelijkheid tot reële executie algemener en uitgebreider geregeld is.<sup>755</sup> Het veralgemenen en uitbreiden mag gezien worden als een gevolg van de rechtsontwikkeling die de vordering tot nakoming ondergaan heeft ten koste van de van oudsher bekende en in het huidige BW toegepaste omzetting in geldverbintenissen.

Werd in het geldend recht onderscheiden tussen de verbintenissen om te geven, om te doen en om niet te doen, het wordend recht maakt een andere verdeling in drieën:

---

Compendium van het Nederlands vermogensrecht, leidraad voor het NBW met verwijzingen naar het BW, tweede druk, Deventer 1984; Jac. Hyma in *Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Zwolle 1984, blz. 222-229; F.H.J. Mijnsen, *Algemene aspecten van beslag en executie*, preadvies Koninklijke Notariele Broederschap, Deventer 1983; H. Oudelaar, *Recht halen*, studiereeks procesrecht 2, Deventer 1983; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen* naar boek 3 van het nieuwe B.W., Deventer 1986, blz. 407 e.v.; H. Stein, *Het nieuwe beslagrecht*, Adv.bl. 1981, blz. 85-88 en 106-109; dez., *Procesrechtelijke aanpassingen aan het NBW*, Adv.bl. 1981, blz. 261-265; dez., *Rechtsvorderingen*, Adv.bl. 1981, blz. 468-473; dez., *Goede beslagen*, Zwolle 1983; P.A. Stein, *Het nieuwe executie- en beslagrecht*, NJB 1981, blz. 421-432; R.Ch. Verschuur, *Wetgeving, Rechtsvorderingen*, Boek 3 titel 11, Kwartaalbericht NBW 1984, blz. 115-116; dez., *Kroniek Boek 3, titel 11*, Kwartaalbericht NBW 1984, blz. 140; G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding volgens NBW en BW*, studiepockets privaatrecht nr. 32, Zwolle 1984; H.G. van der Werf, *Vereenvoudiging van het executie- en beslagrecht*, *De Rechtsstrijd* 1982, blz. 245-250 en 275-280, dez., *Procederen of schikken*, Arnhem 1984.

<sup>754</sup> Vgl. A.S. Hartkamp in BW-krant jaarboek 1985, blz. 11.

<sup>755</sup> Vgl. de levering en afgifte van zowel roerende zaken die geen registergoederen zijn als van registergoederen.

- verplichtingen tot feitelijk geven (de artt. 3.11.2 en 3.11.2a NBW, 491-500, 555-557 en 730-737 NRv.);
- verplichtingen tot een feitelijk doen of niet doen (de artt. 3.11.3 NBW en 558 NRv.); en
- verplichtingen tot het verrichten van een rechtshandeling (de artt. 3.11.4 en 3.11.4a NBW).

Hoewel de mogelijkheden van reële executie in NBW en NRv. uitgebreid zijn ten opzichte van de huidige regeling,<sup>756</sup> welk verschil het duidelijkst tot uiting komt bij de in het nieuwe recht algemeen geopende mogelijkheid om een rechtshandeling te vervangen, past hier toch een waarschuwing: reële executie zal niet altijd mogelijk zijn. Uit de wet, de aard der verplichting of uit de rechtshandeling zelf kan volgen dat deze mogelijkheid niet bestaat. Bijv. als het op het persoonlijk optreden van de schuldenaar, een kunstenaar, aankomt. Daarnaast zal de regeling om praktische redenen dikwijls tekortschieten, omdat vele verbintenissen te ingewikkeld zijn om door iemand anders dan de schuldenaar verricht te worden,<sup>757</sup> zodat lijfswang en dwangsom als prikkel tot nakoming een oplossing zullen moeten bieden.

Zoals hierboven al is uiteengezet wordt de regeling van het nieuwe recht zoals het NBW die brengt aangevuld en uitgewerkt in een (door de wet van 7 mei 1986, Stb. 295) te wijzigen Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Niet alleen wordt dit wetboek in overeenstemming gebracht met het nieuwe vermogensrecht, ook worden diverse verbeteringen aangebracht en zijn vele bepalingen gemoderniseerd. F.M.J. Jansen heeft er voor gepleit<sup>758</sup> niet te wachten met de invoering van een nieuw proces- en executierecht totdat de boeken 3, 5 en 6 NBW inwerking treden. De door Jansen gedane voorstellen spreken mij aan. Ik hoop dat de wetgever tot loskoppeling van NBW en NRv. en tot aanpassing van (N)Rv. aan de huidige spelling zal besluiten.

## 10.2 HET TEN ONRECHTE OPNEMEN VAN DE ARTT. 3.11.1-3.11.4A IN HET NBW

Zoals aangegeven is wordt de regeling van de reële executie in het komend recht verdeeld over (N)BW en (N)Rv. Met name bij de plaatsing van de artt. 3.11.1-4a in het BW wil ik enige kanttekeningen plaatsen. H. Stein merkte op<sup>759</sup> "Sniijders interesseren indelingsproble-

<sup>756</sup> In het NBW wordt er vanuitgegaan dat de schuldeiser de nakoming van de verbintenis door de schuldenaar door middel van reële executie moet kunnen afdwingen. Kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT, blz. 70.

<sup>757</sup> Vgl. Stein, Compendium, blz. 253.

<sup>758</sup> NJB 1985, blz. 317-320. Al eerder: N.J.M. Tjhuis, De Gerechtsdeurwaarder 1983, blz. 209: gedeeltelijke invoering proces- en beslagrecht in verband met knelpunten e.d. Anders: W. Sniijders in interview in NJB 1986, blz. 10. Ook R.Ch. Verschuur is in RM Themis 1986, blz. 196 sceptisch. Zie ook Schoordijk in NJB 1986, blz. 883: het nieuwe executie- en beslagrecht is prachtig van structuur . . . .

<sup>759</sup> Verslag van de vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht van 1 mei 1981, handelend over "Nieuw BW, Nieuw procesrecht", Adv.bl. 1981, blz. 231. Zie ook het verslag van

men slechts matig; hij vindt ze slechts belangrijk wanneer zij tot ongewenste gevolgen zouden kunnen leiden." Dat de plaatsing van een bepaling nooit van doorslaggevend belang zal zijn, wil ik niet bestrijden. Niet voor niets kennen wij het adagium "rubrica non lex". De plaatsing van titel 11 Rechtsvorderingen in boek 3 NBW en niet in NRv. komt mij echter zo essentieel voor dat ik mij erover verwonder dat deze plaatsing niet meer bestreden is. Het zijn met name slechts W.H. Heemskerk<sup>760</sup> en A.V.M. Struycken<sup>761</sup> die de huidige plaatsing bestreden hebben.

Van oudsher wordt er een onderscheid gemaakt tussen materieel en formeel recht. Voor het privaatrecht is dit onderscheid aldus uitgewerkt dat in beginsel het materiele gedeelte in het BW en het formele gedeelte in Rv. opgenomen is. In beginsel, want deze tweedeling is niet volledig doorgevoerd.

Voorafgaand aan ons BW uit 1838 heeft J.M. Kemper een Ontwerp BW 1820 (daarbij voortbouwend op een Ontwerp BW 1816) gemaakt, waar in het vierde boek "Van regtsmiddelen ter handhaving van regt" (450 artikelen) de onderwerpen die wegens hun algemeen karakter niet in een van de voorafgaande boeken ondergebracht konden worden, opgenomen waren. Geregeld werden daar o.a. rechtsvorderingen of actien, beslagen, recht van retentie, bewijs, vonnissen, lijfswang, boedelafstand en verjaring. Uitgangspunt voor deze keuze vormde de gedachte dat alles wat de vorm der rechtsvorderingen betrof tot de manier van procederen behoorde en dat alles waardoor het recht zelf gewijzigd werd als deel van het burgerlijk recht beschouwd moest worden.<sup>762</sup> Dit betekent o.a. dat eis en verweer grotendeels in het BW terecht kwamen (artt. 3270 e.v.), maar re- en dupliek in de artt. 119 en 120 van het Ontwerp Rv. 1815, zo ook het conservatoir beslag in de artt. 3211 e.v. en 3907 en 3908 BW 1820 enerzijds en 179 e.v. Rv. 1815 anderzijds! Van de door Kemper samengebrachte onderwerpen zijn alleen het bewijs en de verjaring in het huidige vijfde Boek samengebracht, terwijl andere onderwerpen als vonnissen en lijfswang in Rv. zijn opgenomen. Tegenwoordig wordt de plaatsing van het (materiele) bewijsrecht in het BW als ongelukkig bestempeld en het ontwerp Bewijsrecht<sup>763</sup> geeft dan ook een algehele regeling die in Rv. opgenomen moet worden, de artt. 176-228.<sup>764</sup>

---

G.P. van Ham in NJB 1981, blz. 991-992.

<sup>760</sup> In zijn rede Vorderingsrecht en rechtsvordering, VU Amsterdam 1974.

<sup>761</sup> Notarieel bijscholingsproject Nieuw Burgerlijk Wetboek, cursus boek 3, cursusonderdeel 4 (1983).

<sup>762</sup> R.P. Cleveringa, De ontwerpen 1816 en 1820, in Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Zwolle 1938, blz. 294-297; Heemskerk, blz. 4; zie ook de Ophelderende memorie van Kemper bij Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden (1820), in de tweede uitgave verzorgd door zijn zoon, J. de Bosch Kemper, Leiden 1864, blz. 5 en 15.

<sup>763</sup> Wetsontwerp 10.377. Zie ook het Ontwerp 1920 van de commissie Gratama, art. 233 e.v. en H. Drion, Enkele bedenkingen tegen het nieuwe ontwerp Bewijsrecht, WPNR 4593 (1959).

<sup>764</sup> Zie hierover Rechtsvordering Boek I, titel 3, afd. 5-9 (nieuw bewijsrecht), blz. I-401 e.v., waar ook een literatuuropgave opgenomen is; zie ook de Toelichting van Meijers, PG, Algemeen deel, blz. 127 e.v.; Ontwerp NJV 1911, art. 201 e.v. en MvT blz. 179:

Het vroeger gemaakte onderscheid wordt tegenwoordig verworpen en duidelijk is dat het onderscheid tussen materieel en formeel privaatrecht niet parallel loopt met dat tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. Heemskerk heeft hierop in zijn inaugurele rede Voorzittersrecht en rechtsvordering, daarbij voortbouwend op het gestelde in Asser-Anema-Verdam, blz. 15-18, duidelijk gewezen. Op blz. 25 van deze rede wijst Heemskerk er op dat het actienrecht materieel en tevens burgerlijk procesrecht is, dus materieel burgerlijk procesrecht.<sup>765</sup>

Ik zou er voor willen pleiten, in navolging van Heemskerk en Struycken, om in het BW het materiele recht op te nemen en in een apart wetboek het rechthandhavingsrecht. In België en Frankrijk is dit al geschied. Zo bevat het eerste deel van het Belgische Gerechtelijk Wetboek in de artt. 1-57 Algemene beginselen, terwijl de Franse Nouveau Code de Procedure Civile in het eerste boek in titre premier Dispositions liminaires en in titre deuxième L'action (resp. artt. 1-29 en 30-32-1) een algemene regeling geeft.<sup>766</sup> In Duitsland (en Oostenrijk) komen de rechtsvorderingen hoofdzakelijk bij het procesrecht naar voren. Slechts de regeling van de verjaring is te vinden bij het materiele recht (par. 195-225 BGB) en wel omdat de verjaring het subjectieve recht teniet doet gaan, en bijgevolg de rechtsvordering. Uit het voorgaande blijkt dat de door Meijers gemaakte keuze verdedigbaar is en niet a priori van de hand gewezen moet worden. Anders hadden de diverse wetgevers unaniem voor een regeling uitsluitend in het formele recht gekozen.

In zijn Toelichting, par. 4 Het Burgerlijk Wetboek in zijn verhouding tot proces- en administratief recht<sup>767</sup> heeft Meijers zijn keuze om de daar geregelde onderwerpen in het BW en niet in Rv. op te nemen gemotiveerd door er allereerst op te wijzen dat de rechtsvorderingen die aan iemand toekomen zo nauw met de subjectieve rechten samenhangen en dat de betekenis van de rechtsvordering voor degene aan wie een recht toekomt zo groot is, dat een al dan niet toekennen in het BW zijn grondslag moet vinden. Aansluitend merkt Meijers op "Feitelijk doen al die wetboeken dit reeds die naast de burgerlijke verbintenis de natuurlijke verbintenis plaatsen". Tot slot wordt aangegeven dat de eigenlijke stof van Rv. gevormd wordt door de wijze waarop de verschillende rechtsvorderingen moeten worden uitgeoefend en de conservatoire maatregelen die daarbij zijn toegelaten.

Dit laatste argument, implicerend dat procesrecht slechts "manier van procederen" is en alleen de vorm van de rechtsvorderingen betreft, is ook door Kemper naar voren gebracht. Als deze redenering gevolgd zou worden zou echter ook een procesrechtelijk onderwerp als het vonnis een plaats in het BW moeten krijgen. Ook het eerste argument

---

De cie. meende dat al de voorschriften omtrent het bewijs bijeenhoren en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering hunne plaats moeten vinden; Toelichting bij Ontwerp 1920, blz. 3-5.

<sup>765</sup> Vgl. Stein, Goed beslagen, blz. 2, die de artt. 3.11.2-3.11.4a materieel procesrecht noemt.

<sup>766</sup> In Italië daarentegen vinden we in de artt. 2907 e.v. Codice Civile een zeer uitgebreide regeling van de rechtsvorderingen. We treffen daar o.a. een regeling van de beslagen en de reële executie aan.

<sup>767</sup> PG Algemeen deel blz. 127 e.v. Zie ook PG boek 3, blz. 57-58 en 893-895 en de toelichting op het Ontwerp Rv. 1920, par. 4 en 5, blz. 25 e.v.

overtuigt niet:<sup>768</sup> een vorderingsrecht hoeft niet altijd op een subjectief recht te steunen,<sup>769</sup> terwijl het denkbeeld dat rechtsvorderingen alleen dienen tot handhaving van subjectieve rechten onjuist is.<sup>770</sup> Heemskerk heeft in noot 88 op blz. 26 aangegeven dat het argument "Feitelijk doen al die wetboeken dit reeds, die naast de burgerlijke verbintenis de natuurlijke verbintenis plaatsen" niet doorslaggevend is. Het huidige BW vermeldt niet dat bij een natuurlijke verbintenis het vorderingsrecht ontbreekt. Die vermelding zou in beginsel, gelet op de eigen aard van het burgerlijk recht en van het burgerlijk procesrecht, in Rv. behoren te worden geplaatst. Om praktische redenen is er echter veel voor te zeggen een zo belangrijk negatief kenmerk van de natuurlijke verbintenis (ook) te vermelden in de desbetreffende regeling van het verbintenisrecht. Wat feitelijk gebeurt is echter nog niet normatief! Het geeft dan ook geen grond om een hele titel in het BW aan procesrechtelijke onderwerpen te wijden. Ook het eventueel nog aan te voeren argument dat in boek 3 titel 11 NBW slechts de rechtsvorderingen geregeld kunnen worden voorzover zij tot het vermogensrecht behoren en dat de bepalingen van deze titel op grond van art. 3.11.21 mede toepasselijk zullen zijn in het personen- en familie-recht, voorzover de aard van de betreffende familierechtelijke verhouding zich daartegen niet verzet, zodat het opnemen in een algemeen toepasselijke regeling in Rv. onmogelijk geacht moet worden, heeft aan kracht ingeboet, met name door de uitspraken van het Beneluxgerechtshof van 11 mei 1982 (NJ 1983, 610 en 613). Overigens de fouten van het verleden of van buitenlandse wetgevers (met name de Italiaanse wetgever) behoeven niet te worden herhaald.

Bij de invoering van boek 1 NBW in 1970 is er naar gestreefd om niet in het BW maar in Rv. de procesrechtelijke voorschriften op te nemen. Hetzelfde geldt voor boek 2. Bij wet van 7 december 1983, Stb. 663 zijn de artt. 2:337-341 overgebracht naar Rv. als de artt. 999-1002.<sup>771</sup> In de Memorie van Toelichting op het betreffende kamerstuk (16.326, nr. 3), blz. 45-46 werd opgemerkt: "De huidige afdeling 4 van titel 6 van boek 2 BW heeft betrekking op de rechtspleging inzake jaarrekeningen. De plaatsing van deze processuele regeling in het Burgerlijk Wetboek is niet erg fraai, al is zij te verklaren omdat deze afdeling met de overige van titel 6 afkomstig is uit de Wet op de Jaarrekening van Ondernemingen, die ten doel had het recht omtrent jaarrekeningen in zijn geheel in een afzonderlijke wet te regelen. Nu de noodzaak zich voordoet de gehele regeling te herzien, verdient het de voorkeur de processuele regeling daar te plaatsen, waar zij wegens haar aard thuis behoort en waar men haar ook mag verwachten, nl. in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering". Een m.i. overtuigende argumentatie.

Al bij de inwerkingtreding van boek 2 op 26 juli 1976 werd aan boek III Rv. een tiende titel (de artt. 995-998 Rv.) toegevoegd, terwijl tegelijkertijd de artt. 429a-429r Rv. voor rekestprocedures ingevolge het bij of krachtens boek 2 NBW bepaalde resp. voor rekestprocedures

<sup>768</sup> Vgl. Heemskerk, blz. 8, 11-13 en 25 e.v.

<sup>769</sup> Bijv. constitutieve vonnissen scheppen nieuw recht en berusten niet op een reeds voor het proces bestaand subjectief recht dat slechts door de rechter geconstateerd wordt.

<sup>770</sup> Ook degene die het slachtoffer is van onzorgvuldig handelen van een ander heeft een rechtsvordering.

<sup>771</sup> Zie hierover Rechtsvordering, boek III, elfde titel, blz. III-425 e.v. met commentaar van Th. S. Ysselmuiden. Zie ook Verpaalen, blz. 581 over de bepalingen als onderdeel van het BW.

van het Openbaar Ministerie gebaseerd op boek 2 BW en titel 2 Overgangswet NBW, in werking traden.<sup>772</sup>

Inmiddels is in boek 3 titel 11 de daar oorspronkelijk opgenomen regeling van de dwangsom en de lijfswang vervallen.<sup>773</sup>

In de Memorie van Antwoord op kamerstuk 16.593 wordt opgemerkt dat in eerste instantie de dwangsom in boek 3 NBW opgenomen was, zodat de artikelen uit Rv. geschrapt zouden kunnen worden. De plaatsing in boek 3 impliceerde dat deze regeling in beginsel slechts voor het vermogensrecht zou gelden en dat zij daarbuiten slechts van toepassing zou zijn binnen de grenzen van art. 3.11.21. "Intussen is evenwel gebleken dat deze opzet moeilijk te verenigen is met de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom, die de onderhavige regeling in de Nederlandse wetgeving beoogt te incorporeren. In twee arresten, beide van 11 mei 1982, is immers door het Beneluxgerechtshof geoordeeld dat deze Eenvormige Wet onverkort ook voor verhoudingen van familierecht geldt. In deze omstandigheden is er bij nader inzien de voorkeur aan gegeven de regeling van de dwangsom in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te laten staan. Ook boek 3 zal hieraan moeten worden aangepast".

Het valt op dat de Memorie van Antwoord niet ingaat op de hierboven genoemde rede van Heemskerk en de door hem aangehaalde argumenten.<sup>774</sup> Dat dwangsom en lijfswang niet in het (N)BW maar in (N)Rv. geregeld behoren te worden, lijkt me nauwelijks voor betwisting vatbaar. Zeker niet voor de lijfswang: dit is overduidelijk een voorbeeld van een indirect executiemiddel (of zijdelings dwangmiddel). Wat de dwangsom betreft, dit is in de eerste plaats een executiemiddel en niet een verbintenis. De veroordeling tot een dwangsom schept weliswaar een subsidiaire verbintenis tot betaling van een geldsom, maar in de meerderheid van de gevallen wordt de dwangsom niet verbeurd omdat een dergelijk grote dwang tot nakoming uitgeoefend wordt dat inderdaad nagekomen wordt. Door opneming in het NBW zou de nadruk meer komen te liggen op het karakter van verbintenis en zou het besef dat het een executiemiddel betreft op de achtergrond raken.<sup>775</sup> De indruk zou dan kunnen ontstaan dat de dwangsom in feite een gefixeerde schadevergoeding is, wat een onjuiste en achterhaalde opvatting is. Bovendien zou de dwangsom dan niet bij de rechtsvorderingen in boek 3 titel 11, maar eerder bij de verbintenissen in boek 6 (bijv. titel 1, afdeling 8, de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis) of in boek 3 titel 1, algemene bepalingen in een nieuwe derde afdeling (want niet altijd is de dwangsom aan het niet-nakomen van een verbintenis gekoppeld) opgenomen moeten worden. De vergelijking die met het boetebeding gemaakt wordt lijkt me mank te gaan, omdat dit juist een specifiek contractuele regeling betreft en het executoriale karakter ervan op de achtergrond blijft.<sup>776</sup>

<sup>772</sup> Vgl. het commentaar van A.P. Funke in Rechtsvordering, aant. 55, 58, 64 en 65 op boek 1, titel XII.

<sup>773</sup> Vgl. kamerstuk 16.593 nr. 5, MvA, blz. 22 en nr. 6, blz. 4, wetontwerp 17.496, nr. 2 ontwerp van wet, blz. 17 en nr. 3, MvT, blz. 52.

<sup>774</sup> Ook Asser-Hartkamp I, no. 647, laat die rede ongenoemd.

<sup>775</sup> Zie PG boek 3, blz. 902: "De dwangsom schept een verplichting van vermogensrechtelijke aard"; Heemskerk, noot 93.

<sup>776</sup> In België is de dwangsom opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek, art. 1385bis e.v.

Hierboven is bij het geldend recht verdedigd (par. 8.8.4) dat dwangsom, lijfswang en reele executie drie executiemiddelen zijn die op één lijn staan. Het zou bijzonder vreemd zijn om de dwangsom in het BW en de lijfswang in Rv. op te nemen.<sup>777</sup> Net zo vreemd is het in mijn ogen om de dwangsom en de lijfswang in Rv. te regelen en de reele executie een plaats in het NBW te geven. De huidige artt. 1271-1278 BW bevatten in feite rechtsvorderingsrecht en hadden m.i. systematisch gezien beter in Rv. opgenomen kunnen worden.<sup>778</sup>

Aan het slot van zijn rede, blz. 28, noemt Heemskerk het eventueel invoeren van boek 3 titel 11 als onderdeel van het BW een ernstige en fundamentele fout, de daarin opgenomen regelingen zouden in Rv. behoren te worden ondergebracht, terwijl deze titel in het BW een "Fremdkorper" zou blijven, zoals het bewijsrecht dat steeds geweest is. Heemskerk pleit vervolgens met klem voor verplaatsing. Waar P.A. Stein in zijn bespreking van Heemskerks oratie<sup>779</sup> enkele vraagtekens plaatst en hem slechts uitdrukkelijk bijvalt voor wat betreft de dwangsom (blz. 598), kan Heemskerk op grotere bijval rekenen van H.E. Ras in zijn bespreking.<sup>780</sup> Ras schrijft dat de beschouwingen van Heemskerk z.i. niet kunnen nalaten indruk te maken. "Inderdaad liggen deze bepalingen erg in de sfeer van het proces- en executierecht. De titel heeft ook een wat eclectisch karakter. Het is echter te hopen dat men toch de gelegenheid aangrijpt om de betreffende materie in het kader van boek 3 "mee te nemen". Misschien kan dan de titel, eenmaal aangenomen, als Inleidende titel overgebracht worden naar Rv."

Ik zou ervoor willen pleiten om de hele titel naar Rv. over te brengen, echter zonder dat het geheel als Inleidende Titel opgenomen wordt. Wat art. 3.11.1 (welk artikel het principe van de vordering tot nakoming uitspreekt) betreft zou deze bepaling als een van de eerste van Rv. gerangschikt moeten worden, om zo tot uitdrukking te laten komen dat de schuldeiser in beginsel recht heeft op nakoming van de verplichting die de schuldenaar op zich genomen heeft. De bepaling zou in een Inleidende Titel opgenomen kunnen worden.

De artt. 3.11.2-3.11.4a houden de reele executie van verplichtingen tot afgifte, tot feitelijk doen of nalaten, en tot het verrichten van een rechtshandeling in. Hier zou gedacht kunnen worden aan een plaats in boek II Rv. en wel tussen de eerste en tweede titel in, waarbij de regeling zodanig wordt uitgebreid dat een bepaling opgenomen wordt waarin tot uiting komt dat de schuldeiser een vordering in geld steeds kan verhalen door middel van beslaglegging via de verder in de wet uit te werken procedures of als nieuwe titel 4A voorafgaand aan de lijfswang en de dwangsom. Het huidige art. 3.11.2 NBW wordt nader uitgewerkt in de artt. 491-500 en 555-557 NRv., art. 3.11.3 NBW in art. 558 NRv. Ook hier zou bepaald moeten worden dat deze bepalingen verder in de wet uitgewerkt worden. Werd oorspronkelijk de opname van de dwangsom in boek 3 titel 11 NBW in de eerste plaats gemotiveerd door er op te wijzen dat de figuur nauw samenhangt met die van de reele executie,<sup>781</sup> nu kan dit argument gebruikt worden om

<sup>777</sup> De Memorie van Toelichting op wetsontwerp 17.496, nr. 3, blz. 52, beaamt dit volkomen: worden de artikelen 3.11.5-5g geschrapt (uit het BW, AWJ), dan verliest ook artikel 3.11.6, dat slechts een verwijzing bevat, zijn zin.

<sup>778</sup> Vgl. par. 883 e.v. ZPO.

<sup>779</sup> RM Themis 1975, blz. 596-600

<sup>780</sup> NJB 1975, blz. 291.

<sup>781</sup> PG boek 3, blz. 59.



de reële executie in Rv. te regelen!

De artt. 3.11.5 t/m 3.11.6 inzake dwangsom en lijfswang zijn inmiddels al geschrapt zodat de regeling in Rv. van kracht blijft en niet meer voor overbrenging gepleit hoeft te worden. Wat de artt. 3.11.7 (verklaring voor recht), 3.11.8 (vereiste van belang bij rechtsvordering) en 3.11.9 (rechtsvordering niet afsplitsbaar) betreft, zou de opnemng ervan in een Inleidende Titel te verdedigen zijn.

De artt. 3.11.7 en 3.11.8 hangen nauw samen en kunnen moeilijk in diverse wetboeken of in verschillende titels of afdelingen geplaatst worden. De plaatsing in het NBW werd in het mondeling overleg naar aanleiding van algemene vraag 5c van de bijzondere commissie voor de herziening van het BW uit de Eerste Kamer grotendeels gerechtvaardigd door het feit dat deze bepalingen -vooral art. 8- mede van belang zijn voor de artt. 3.11.1-3.11.4. De plaats van art. 3.11.9 werd gerechtvaardigd door er op te wijzen dat het materieelrechtelijke aspect het belangrijkste is. Hierboven heb ik dat al bestreden.<sup>782</sup> Art. 3.11.9a handelend over bevoegdheden van arbiters inzake de in de huidige artt. 3.11.1-3.11.9 toegekende bevoegdheden zal in de huidige algemene vorm niet kunnen blijven voortbestaan. Er kan gedacht worden aan regeling in boek IV Rv. in art. 1056.<sup>783</sup>

De artt. 3.11.10-3.11.20d handelend over de bevrijdende verjaring zouden in de Inleidende Titel of in boek I, titel 3, 10e afdeling als de nieuwe artt. 229 e.v., volgend op de regeling van het Ontwerp Bewijsrecht, opgenomen kunnen worden.

Uit het voorgaande blijkt dat art. 3.11.21 vervallen kan in de door mij voorgestelde opzet.

<sup>782</sup> Vgl. PG boek 3, blz. 57-58; P. Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, monografieën Nieuw BW A 4, (diss. VU Amsterdam), no. 27, Deventer 1985; H. Stein, Adv.bl. 1981, blz. 471-472; Van der Werf, blz. 62-64. Zie ook de artt. 17 en 18 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek.

<sup>783</sup> De derde afdeling van de eerste titel van het op 1 december 1986 ingevoerde boek IV Rv. (hernieuwde vaststelling van de regelen omtrent arbitrage) is gewijd aan het arbitraal vonnis.

10.3.1 Art. 3.11.1 NBW

In dit artikel<sup>784</sup> is het recht om nakoming te vorderen in beginsel erkend. Ook valt uit de bepaling af te leiden dat als de schuldeiser zelf de nakoming kan afdwingen door middel van reële executie de schuldenaar dit moet dulden. Voor het eerst is in de wet een bepaling opgenomen die aangeeft dat uitgangspunt van ons recht is dat de schuldeiser in principe recht houdt op nakoming van de verbintenis. Het gebruik van de term "wordt" betekent dat aan de rechter geen vrijheid toekomt en hij de veroordeling tot nakoming moet uitspreken, tenzij zich een van de hierna te noemen uitzonderingen voordoet.<sup>785</sup> Het opnemen van deze bepaling kan beschouwd worden als een gevolg van de rechtsonwikkeling welke sedert de totstandkoming van de codificatie heeft plaats gevonden. Waar in het huidige BW de omzetting van alle verbintenissen in verbintenissen tot de betaling van een geldsom door de artt. 1272 en 1275 BW vooropgesteld wordt en de vordering tot nakoming nauwelijks een plaats gekregen heeft, is de vordering tot nakoming in de rechtspraak een steeds belangrijkere rol gaan spelen. Daarmee is de prestatie zelf op de voorgrond gesteld. Het artikel kent een ruim toepassingsgebied want het regelt de vordering tot nakoming van iedere rechtsplicht en niet alleen van verbintenissen,<sup>786</sup> zelfs als dit een verplichting onder voorwaarde of tijdsbepaling betreft.<sup>787</sup> Onzekerheid bestaat niet zozeer ten aanzien van de gerechtigde onder tijdsbepaling (goed vol te houden is dat deze al een subjectief recht heeft voor de vervaldatum), maar wel is onzeker of de gerechtigde onder opschortende voorwaarde reeds een subjectief recht heeft. De rechtspraak heeft er behoefte aan dat in dergelijke gevallen een veroordeling verkregen kan worden. We kunnen hierbij denken

<sup>784</sup> PG boek 3, blz. 895-896; Asser-Hartkamp I, no. 48, 158, 159, 411, 638 en 639; Asser-Hartkamp II, no. 276 en 309; Drion, RM Themis 1962, blz. 205 e.v. (=Geschriften blz. 98 e.v.); Hijma en Olthof, no. 88; Mijnsen, no. 7; Van Nispen, no. 21, 176 en 177; Oudelaar, par. 8 en 124; G.J. Scholten, Grondslagen en bronnen van verbintenissen, Monografieën Nieuw BW A 2, Deventer 1982, no. 14, 18 en 50; H. Stein, Adv.bl. 1981, blz. 468-469; dez., Goed beslagen, blz. 113, 117; De Vries, blz. 15-23; Van der Werf, blz. 51, 107 en 109 e.v.

<sup>785</sup> Vgl. Onrechtmatige Daad, no. II-217; Van Nispen, no. 107 en 175; D.W.F. Verkade, Aangepaste veroordelingen in de Van der Grinten-bundel Goed en trouw, Zwolle 1984, blz. 561 e.v., spec. blz. 570 en 574, geeft aan dat de rechter zijn discretionaire bevoegdheid aan art. 6.1.9.9 NBW kan ontleenen.

<sup>786</sup> Ook de jurisprudentie kent dit ruime toepassingsgebied, vgl. HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 (gebruik van perceel in strijd met bestemming uitbreidingsplan en art. 352 Modelverordening): "Als eenmaal de onrechtmatigheid van de gedragingen ter zake waarvan een verbod wordt gevraagd, vaststaat, is deze toewijzing ... niet afhankelijk van een nadere belangenafweging ...".

<sup>787</sup> Nb. Het vonnis zelf is onvoorwaardelijk, maar de veroordeling is voorwaardelijk!

aan een door een onrechtmatige daad benadeelde die een verbod van gelijksoortige onrechtmatige gedragingen voor de toekomst wenst te verkrijgen en niet een herhaling wil afwachten. Ook kan gedacht worden aan het geval dat de schuldenaar al bij voorbaat te kennen geeft niet te zullen presteren omdat hij van mening is geen schuld te hebben. Deze gewenste mogelijkheid is hier duidelijkheidshalve erkend, waarbij art. 3.11.8 NBW de eis stelt dat de gerechtigde voldoende belang heeft.<sup>788</sup> Daarmee wordt voorkomen dat de rechterlijke macht onder een eindeloze stroom procedures bedolven wordt.

In tegenstelling tot het huidige recht behoeft niet nagegaan te worden of er sprake is van een verbintenis of niet, aangezien een vordering tot nakoming van rechtsplichten en niet alleen van verbintenissen mogelijk zal zijn.<sup>789</sup> Zou alleen de vordering tot nakoming van een verbintenis ingesteld kunnen worden, dan doet zich het probleem voor dat nagegaan moet worden wat een verbintenis is en wat geldt voor de rechtsplichten die geen verbintenis zijn. Is dan een redenering naar analogie toelaatbaar? Deze vragen behoeven nu niet te beantwoord te worden,<sup>790</sup> maar wel dient de aandacht gevestigd te worden op het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas-Valburg). Uit deze uitspraak is m.i. af te leiden dat de rechter, het afbreken van onderhandelingen kan verbieden, c.q. (een andere invalshoek kiezend) ex art. 3.11.1 een bevel kan geven om door te onderhandelen.<sup>791</sup> Of in dat geval al een verbintenis ontstaan was of dat er slechts een rechtsplicht niet zijnde een verbintenis bestond, doet hier gezien de ruime reikwijdte van art. 3.11.1 niet ter zake. Tevens houdt de ruime omschrijving van art. 3.11.1 in dat we er meer in mogen lezen dan alleen maar "pacta sunt servanda". Ook bepalingen uit bijv. het zakenrecht of betreffende de rechten op voortbrengselen van de geest vallen onder het bereik van art. 3.11.1.

Toch is het toepassingsgebied van de bepaling niet te ruim, want aan het begin van de bepaling is een beperking aangebracht door de zinsnede "tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt". Dat de wet aangeeft dat geen vordering

<sup>788</sup> Zie J. van Baars, *Point d'interet, point d'action*, diss. VU Amsterdam 1971; Hofmann-Van Opstall, blz. 127.

<sup>789</sup> Zo spreken de huidige artt. 1276 en 1277 BW over een verbintenis. Via art. 1401 BW is echter ook de nakoming van rechtsplichten af te dwingen.

<sup>790</sup> Zie over de vraag wat een verbintenis is naast de bekende handboeken S.N. van Opstall, *Wat is een verbintenis?*, WPNR 5234-5236 (1973); A.L. Croes, *Waarom zou alleen dat een verbintenis zijn?*, WPNR 5246 (1974); Jb. Zeylemaker Jnz., *De definitie van de verbintenis*, WPNR 5277 (1974); Van Opstall, *Niet iedere rechtsplicht is een verbintenis*, WPNR 5327 (1975); G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen*, Monografieën Nieuw BW A 2, Deventer 1983 (besproken door H.C.F. Schoordijk in WPNR 5718 (1984) en B. Wessels in *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984, blz. 140 e.v.); H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit de wet*, Deventer 1968; dez., *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1979, blz. 3-11. Zie ook: Meijers, *Algemene begrippen*, blz. 37 e.v. en Van Nispen, no. 6 e.v. en 120.

<sup>791</sup> Zie Asser-Hartkamp II, no. 156 e.v. en de daar genoemde literatuur. Zie daarnaast HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85 en par. 3.7.1.

tot nakoming mogelijk is, zien we in art. 6.1.1.3 lid 1 NBW: een natuurlijke verbintenis is een rechte niet afdwingbare verbintenis. Een voorbeeld waarin duidelijk wordt dat de aard van de verplichting -welk criterium overigens pas in het gewijzigd ontwerp opgenomen werd- zich tegen een vordering tot nakoming van een afname- en betalingsverplichting verzet, biedt de helderwitte trouwjurk die contractueel een maand voor het huwelijk afgeleverd zou worden, maar pas ver na de huwelijksdatum arriveert. In de MvA II (PG boek 3, blz. 896) wordt opgemerkt: "De aard der verplichting kan medebrengen dat, ook als de niet-nakoming van de verplichting aan de schuldenaar kan worden toegerekend, niettemin nakoming niet kan worden afgedwongen, maar de schuldeiser genoeg moet nemen met de vergoeding van de door de wanprestatie veroorzaakte schade. Men denke bijv. aan het geval dat een auteur jegens zijn uitgever de verplichting op zich heeft genomen een bepaald werk te schrijven". Naar mijn mening wordt hier miskend dat art. 3.11.1 de mogelijkheid van de vordering en veroordeling tot nakoming in principe uitspreekt en dat het daarbij niet ter zake doet of de tenuitvoerlegging van die veroordeling mogelijk is door het gebruiken van dwangmiddelen tegen de onwillige schuldenaar:<sup>792</sup> ook het geval dat nakoming niet meer mogelijk is, in welk geval inderdaad geen veroordeling tot nakoming meer mogelijk is,<sup>793</sup> is hier niet aanwezig. Dat hier met het oude recht gebroken zou worden, lijkt me onwaarschijnlijk. Overigens de wet bindt, niet de toelichting. Tot slot kan ook uit de rechtshandeling anders volgen. Oorspronkelijk was opgenomen "tenzij ... een beding van partijen anders bepaalt", maar daardoor werd de indruk gewekt dat, behalve uit de wet, slechts uit een tweezijdige rechtshandeling zou kunnen voortvloeien dat geen nakoming gevorderd zou kunnen worden. Zo kan bij testament, een eenzijdige rechtshandeling, aan een erfgenaam of legataris een verplichting opgelegd worden ten behoeve van een derde, maar kan aan die derde een vordering tot nakoming van de verplichting onthouden worden. Vgl. art. 4.4.2.4 dat art. 4.5.3.11a vervangt. Deze drieledige uitzondering op het recht tot nakoming is niet de enige inbreuk die op het principe dat een veroordeling tot nakoming mogelijk is, wordt gemaakt. Ook in andere gevallen kan de rechter geen veroordeling tot nakoming uitspreken.

Slechts als er sprake is van een rechtsplicht en geen van de uitzonderingen zich voordoet kan de vraag aan de orde komen of reële executie mogelijk is. Voordat aandacht geschonken zal worden aan de artt. 3.11.2-3.11.4a die de regeling in het NBW inhouden, moet eerst nog de onmogelijkheid van de nakoming uitgewerkt worden door middel van een tweedeling. Enerzijds kunnen we het geval onderscheiden dat de verschuldigde prestatie op zich nog wel mogelijk is, maar de schuldenaar niet (meer) kan presteren. Anderzijds staan de gevallen dat de prestatie niet (meer) mogelijk is. In het eerste geval zal de schuldeiser de mogelijkheid geboden moeten worden, en zal de schuldenaar dit moeten dulden, om door middel van reële executie de prestatie alsnog te verkrijgen. In dergelijke gevallen zal de rechter een verweer van de schuldenaar dat nakoming onmogelijk is kunnen passeren. In het andere geval echter is de prestatie zelf onmogelijk geworden, reële executie

<sup>792</sup> HR 23 juni 1899, W 7302; HR 18 december 1931, NJ 1932, 769; Asser-Rutten I, blz. 155-156.

<sup>793</sup> HR 9 mei 1969, NJ 1969, 338; HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73; Asser-Hartkamp I, no. 356, 358 en 639; par. 4.2.2.

zal niet mogelijk zijn en een vordering tot een veroordeling tot nakoming zal afgewezen worden: een onmogelijke prestatie impliceert een onmogelijke executie. Overigens zal in dat soort gevallen er in de regel geen belang bij de vordering bestaan (art. 3.11.8 NBW), zodat de rechter waarschijnlijk de vordering niet-ontvankelijk zal verklaren.

Hoewel de toelichting op het artikel erover zwijgt, kan in de bepaling ook gelezen worden dat de aanspraak die het materiele privaatrecht toekent aan de gerechtigde, in beginsel slechts door de tussenkomst van een overheidsinstantie gerealiseerd kan worden en wel via de rechter, welk begrip ruim opgevat moet worden op grond van art. 3.11.9a en ook arbiters omvat.<sup>794</sup> Het artikel zou de codificatie inhouden van het beginsel dat eigenrichting in beginsel verboden is. In het huidige recht is een eigenrichtingsverbod niet te vinden, zodat verschil van mening bestaat over de vraag of eigenrichting in beginsel geoorloofd of ongeoorloofd is.<sup>795</sup> Er is slechts sprake van een beginsel, want eigenrichting is krachtens de wet geoorloofd door verrekening (of compensatie, afd. 6.1.10), het uitoefenen van een retentierecht (afd. 3.10.4a) of het gebruik maken van een opschortingsrecht (afd. 6.1.6a, artt. 6.5.4.2 en 6.5.4.4 NBW). Ook op grond van de aard van de verplichting of van een rechtshandeling kan eigenrichting geoorloofd zijn, al kunnen we met name in het laatste geval ons afvragen of de benaming eigenrichting nog wel gepast is.

### 10.3.2 Een overzicht van toepasselijke wetsbepalingen

Onder het huidige recht wordt een onderscheid gemaakt al naar gelang het een verbintenis om te geven, te doen of na te laten betreft. Voor het nieuwe recht is bij het neerleggen van de regeling van de reële executie in wetsbepalingen afgeweken van dit systeem. Zo heeft art. 3.11.2 betrekking op een feitelijk geven, art. 3.11.3 op een feitelijk doen of nalaten en art. 3.11.4 op het verrichten van een rechtshandeling, terwijl dit systeem in andere bepalingen (met name uit NRv.) nader aangevuld en/of uitgewerkt wordt.

Volledigheidshalve zal ik hieronder een overzicht geven van de diverse verplichtingen daarbij uitgaande van de "oude" onderverdeling in verplichtingen om te geven/te doen/niet te doen met de nodige subcategorieën.

1. verplichting om te geven
  - a. van een geldsom: artt. 439 e.v., 700 e.v.
  - b. van een roerende zaak: artt. 3.11.2a, 491 e.v., 730 e.v.
  - c. van een registergoed \*
  - d. van een ander goed \*
2. verplichting om te doen
  - a. hoogstpersoonlijke handeling \*\*
  - b. andere feitelijke handeling: artt. 3.11.3 lid 1 + 558
  - c. rechtshandeling: artt. 3.11.4 + 3.11.4a \*\*\*

<sup>794</sup> Vgl. ook artt. 611i en 1056 Rv.

<sup>795</sup> Vgl. hoofdstuk 1 en mijn Aan reële executie verwante rechtsfiguren, in het bijzonder de eigenrichting, De Rechtsstrijd 1985, blz. 79 e.v., 101 e.v., 126 e.v., 148 e.v. en 177 e.v.

3. verplichting om niet te doen
  - a. hoogst persoonlijke handeling: art. 3.11.3 lid 2
  - b. andere feitelijke handeling: art. 3.11.3 lid 2
  - c. rechtshandeling \*\*

\* Het betreft hier in feite niet zozeer een verplichting om te geven alswel een verplichting om te doen, nl. het verrichten van een rechtshandeling. Derhalve zijn de artt. 3.11.4 en 3.11.4a toepasselijk. Een kanttekening past hierbij. Op grond van art. 3.11.2 heeft de reële executie van de afgifteverplichting dezelfde gevolgen als een vrijwillige nakoming, zodat in de gevallen waarin de vrijwillige afgifte tevens de juridische levering zou inhouden voor wat de levering betreft niet de afzonderlijke weg van art. 3.11.4 en 3.11.4a gevolgd hoeft te worden, maar deze op grond van art. 3.11.2 al tot stand gekomen is.<sup>796</sup>

\*\* Veroordelingen tot een dergelijke verplichting kunnen niet afgedwongen worden.

\*\*\* Betreft de rechtshandeling de levering van een goed dan zal art. 3.11.2a van toepassing zijn als het om botsende persoonlijke rechten gaat.

### 10.3.3 Reële executie bij de verplichting tot afgifte

Artikel 3.11.2<sup>797</sup> vormde in de vaststellingswet de grondslag voor de reële executie van de verplichting tot feitelijk geven en had niet alleen betrekking op de verplichting tot eigendomsoverdracht, maar ook op de verplichting tot afgifte van het gehuurde, het geleende, etc. Het eerste lid gaf aan dat een veroordeling tot de afgifte van een individueel of naar de soort bepaalde zaak of van een geldsom de eiser de bevoegdheid geeft de uitspraak met de sterke arm tegen de veroordeelde tenuitvoer te leggen. Met deze bepaling kon echter niet volstaan worden. Geregeld moest worden hoe en met inachtneming van welke formaliteiten en waarborgen een dergelijke tenuitvoerlegging plaats zou moeten vinden, indien de veroordeelde niet mee zou willen werken, terwijl verder ook rekening gehouden zou moeten worden met het geval dat de executant over een executoriale titel beschikte die geen veroordeling inhield, omdat zij in een authentieke akte bestond.<sup>798</sup> Daarom is in de artt. 491-500 NRv. een regeling voor de afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn opgenomen, terwijl de artt. 555-557 NRv. een overeenkomstige regeling voor de "afgifte" ofwel ontroofing van onroerende zaken bevatten. Aangezien een recht op nakoming weinig effectief zou zijn als er geen maatregelen tot behoud van dat recht genomen zouden kunnen worden, zijn de artt. 730-737 NRv. (conservatoir beslag tot afgifte van zaken en levering van goederen) opgenomen. Daarnaast bieden de artt. 709 en 710 de mogelijkheid om

<sup>796</sup> Hijma en Olthof, no. 90; De Vries, blz. 30; contra: Asser-Hartkamp I, no. 641.

<sup>797</sup> PG boek 3, blz. 896-897; Asser-Hartkamp I, no. 640; Hijma, blz. 223-225; Stein, Adv.bl. 1981, blz. 469-470; De Vries, blz. 24-27. Voorlopers van dit artikel zijn de artikelen 87, 551 en 553 Ontwerp Rv. 1920; zie ook Ontwerp 1865, boek 5, titel X (opgenomen in de preadviezen NJV 1900, I, blz. 88-89 en 150-151).

<sup>798</sup> Vgl. kamerstuk 16.593, nr.3, MvT, blz. 70.

bij wijze van conservatoire maatregel zaken of goederen in afwachting van de afloop van het hoofdgeding in bewaring of onder bewind te stellen.

Art. 3.11.2 lid 1 werd vervolgens geschrapt. De reden hiervan is tweeledig,<sup>799</sup> niet alleen verloor het zijn betekenis door de opname van de zojuist genoemde artikelen, maar ook zou anders het misverstand kunnen ontstaan dat reële executie van een veroordeling tot afgifte ook mogelijk zou zijn in andere gevallen of op andere wijze dan genoemd in de artt. 491-500 en 555-557.

Door art. 3.11.2 lid 1 te schrappen verdween uit het NBW de "reële executie" (in mijn terminologie de verhaalsexecutie) van de verplichting tot afgifte van een geldsom, zodat alleen een uitgebreide regeling in de artt. 439 e.v. NRv., executoriaal beslag tot verhaal, resteert. Zoals hierboven uiteengezet pleit ik voor schrapping uit het NBW en overbrenging naar NRv. Mijns inziens vormde het geschrapte artikelid een goede basis voor een nadere uitwerking. Voor de verhaalsexecutie zou dat dan gebeuren in de artt. 439 e.v. NRv., voor de "echte" reële executie in de artt. 491-500 en 555-557 NRv. Het beginsel zou echter ook kunnen worden uitgesproken bij de groep bepalingen (misschien in de Inleidende Titel) die de wijzen van reële executie aanduiden. De verhaalsexecutie is immers in feite de "reële executie" van de verplichting om een geldsom te betalen.

Het argument dat art. 3.11.2 lid 1 geen betekenis zou hebben nu in NRv. een nadere uitwerking gegeven is, komt mij niet overtuigend of doorslaggevend voor. Niets verzet zich er tegen (een of meer) bepaling(en) op te nemen die de diverse mogelijkheden aangeeft/geven om vervolgens per aangeduide mogelijkheid een uitwerking te geven. Ook het argument dat bij handhaving van het eerste lid het misverstand zou kunnen ontstaan dat reële executie van een veroordeling tot afgifte mogelijk zou zijn in andere gevallen of op andere wijze dan de artt. 491-500 en 555-557 aanduiden, overtuigt mij niet. Er kan toch een verwijzing naar die artikelen worden opgenomen. Ik zou daarom willen voorstellen het geschrapte artikel 3.11.2 lid 1 weer op te nemen, nu in NRv. en de bepaling aan te vullen door de woorden "op de wijze geregeld in de artt. 439-490d en 502-553 (voor de betaling van een geldsom), 491-500 (voor afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn) en 555-557 (voor de gedwongen ontruiming van onroerende zaken) van dit wetboek" toe te voegen of korter "in de in dit wetboek vermelde gevallen".<sup>800</sup> Laat de zojuist gebruikte formulering misschien nog enige twijfel, eerstgenoemde aanvulling doet dat zeker niet. In ieder geval zal duidelijker dan nu het geval is naar voren komen dat de mogelijkheid tot reële executie uit het tot nakoming veroordelende vonnis c.q. een andere executoriale titel volgt.

In eerste instantie, in de door Meijers in 1954 opgestelde tekst van het artikel, werd uitgesproken dat bij een veroordeling tot het geven van vervangbare zaken anders dan geldsommen, geen reële executie toegestaan behoorde te worden. Argumenten hiervoor waren dat deze wijze van executie ook niet in het geldende recht voorkomt, dat als de schuldeiser schadevergoeding ontvangt, hij zich in de regel zelf alsnog het verschuldigde kan verschaffen en dat de schuldeiser de dwangsom als indirect dwangmiddel tot zijn beschikking heeft. Gelukkig is deze mogelijkheid tot reële executie alsnog opgenomen na een opmerking in

<sup>799</sup> MvT kamerstuk 16.593, blz. 70; MvT wetsontwerp 17.496, blz. 47.

<sup>800</sup> Vgl. H. Stein, Adv.bl. 1981, blz. 469.

het Voorlopig Verslag II.<sup>801</sup> Zo pleitten Pitlo (derde druk van zijn verbintenissenrecht, 1952, blz. 23) en Asser-Losecaat Vermeer (deel III, 1e stuk, 1939, blz. 160) voor de mogelijkheid de reele executie van vervangbare zaken wel mogelijk te achten. Daarnaast kan een zaak weliswaar vervangbaar maar toch moeilijk verkrijgbaar zijn, bijv. omdat de zaak geïmporteerd moet worden. Zou de leverancier de zaak in voorraad hebben, dan zou het praktisch zijn dat de koper een veroordeelend vonnis tot levering van het gekochte goed reël zou kunnen executeren. Daarmee is het argument dat de dwangsom, een indirect executiemiddel, er in resulteert dat als de schuldenaar niet presteert de schuldeiser de beschikking krijgt over een extra hoeveelheid geld, ook ondergraven. Tevens moet bedacht worden dat de kans op misbruik gering is: er bestaat een goed ontwikkelde kort geding-praktijk en het deurwaarderskorps is van voldoende niveau om deze taak aan te kunnen.<sup>802</sup> Zo kan de schuldenaar zich in een kort geding tegen de executie door de (deurwaarder van de) schuldeiser verzetten als het belang van de schuldeiser bij tenuitvoerlegging van de executoriale titel in geen verhouding staat tot het belang van de schuldenaar (in de regel bij uitstel). Zie art. 3.1.1.14: misbruik van bevoegdheid. Meijers nam de reële executie van een algemeenheid van goederen in zijn ontwerp op. Bij nader inzien werd het echter niet goed denkbaar geacht dat als een algemeenheid van goederen bestaat uit goederen en schulden, reële executie van de verplichting tot afgifte van het geheel mogelijk zou zijn. Inmiddels is de algemeenheid van goederen geheel uit het wetboek geschrapt. Wel zal in geval iemand tot afgifte van een algemeenheid van goederen, zoals een (deel van een) nalatenschap, huwelijksgoederengemeenschap of een handelszaak, veroordeeld zou worden, op grond van art. 3.11.2 deze veroordeling na de boedelscheiding geëxecuteerd kunnen worden ten aanzien van ieder tot die algemeenheid behorende zaken afzonderlijk.

Over het vroegere tweede lid en thans enige lid van dit artikel is niet veel op te merken. Het is nuttig het daar gestelde door uitdrukkelijke opnemings in de wet buiten twijfel te stellen. Aldus staat vast dat de uitvoering met de sterke arm dezelfde gevolgen heeft als een vrijwillige nakoming. De eigendom van een roerende zaak die geen registergoed is, gaat derhalve over via de door executie afgedwongen bezitsverschaffing (mits de verkrijger te goeder trouw was).

Ook hier is de werkingssfeer van de bepaling naderhand uitgebreid. Oorspronkelijk beperkt tot de afgifte van een zaak of van een geldsom, is de regeling nu ook toepasselijk op andere prestaties.<sup>803</sup> Het artikel is nu mede van belang om de bevrijdende werking van andere afgedwongen prestaties buiten twijfel te stellen. Ook speelt het artikel een rol bij de beantwoording van de vraag of de afgedwongen prestatie als onverschuldigd betaald kan gelden. De Memorie van Toelichting bij wetsontwerp 17.496, blz. 48 merkt in dit kader op: "Men lette erop dat een kort gedingvonnis voor wat betreft de vraag welke verplichting uit de executoriale titel blijkt, een bijzondere plaats inneemt. Zo zal een in kort geding opgelegde en geëxecuteerde dwangsom niet onverschuldigd worden, wanneer de rechter in de hoofdzaak anders oordeelt. Door dit laatste komt immers aan een voorziening die de president in afwachting

<sup>801</sup> Vgl. PG boek 3, blz. 896-897.

<sup>802</sup> Vgl. PG boek 3, blz. 896-897.

<sup>803</sup> In plaats van het beperkte begrip "afgifte" te hanteren, wordt nu het ruimere begrip "prestatie" in het artikel gebruikt.



van de hoofdzaak nodig heeft geacht, niet de rechtsgrond te ontvallen; men zie HR 31 mei 1963, NJ 1966, 336. Maar de door middel van de dwangsom afgedwongen prestatie kan in de hoofdzaak wel onverschuldigd blijken; men zie HR 2 december 1966, NJ 1967, 353, en de noot van J.H. Beekhuis onder het arrest".<sup>804</sup>

Bedacht moet worden dat als de schuldenaar moet afgeven omdat de wederpartij eigenaar is, reële executie mogelijk is doordat de eigenaar een vordering tot revindicatie instelt en/of revindicatoir beslag tot afgifte legt (artt. 5.1.4 NBW en 730 e.v. NRv.). Anders ligt het als het een gebruiksrecht betreft en de schuldenaar de afgifte vordert. In een dergelijk geval is revindicatie niet mogelijk, maar kan wel beslag tot afgifte gelegd worden. Is een roerende zaak verhuurd, maar weigert de verhuurder de zaak ter beschikking te stellen, dan kan de huurder een vordering tot afgifte instellen op grond van art. 3.11.2 NBW en 491 e.v. NRv. Wijst de rechter de vordering toe, dan is reële executie mogelijk doordat de deurwaarder de zaak wegneemt en ter beschikking van de huurder stelt. Daarmee verkrijgt de huurder waar hij recht op heeft: het genot van het gehuurde.

#### 10.3.4 Botsende rechten op levering (art. 3.11.2a)

Art. 3.11.2a<sup>805</sup> betreft het geval van botsende persoonlijke rechten op nakoming die betrekking hebben op hetzelfde goed<sup>806</sup> en stelt als vuistregel voorop dat in dergelijke gevallen het oudste recht op levering voorgaat. De bepaling is pas bij het vierde gedeelte van de invoeringswetgeving (wetsontwerp 17.496) toegevoegd, maar werd door regeringscommissaris Snijders in de Schadee-bundel "Recht door zee" aangekondigd in een opstel waar hij op blz. 185 e.v. zijn gedachten ontvouwt, enkele oplossingen aandraagt en tot slot voor het in deze bepaling neergelegde stelsel kiest. Het hier aan de orde zijnde probleem speelt met name bij de dubbele verkoop, zolang nog niet aan een

<sup>804</sup> Vgl. art. 477b NRv. dat een aanvulling bevat op dit artikel voor het geval van derdenbeslag.

<sup>805</sup> Zie kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT, blz. 122-123; wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT blz. 48-49, nr. 9, VV II, blz. 5-7, 24, nr. 10, MvA II, blz. 5-7, 72-73; W.H. Heemskerk in zijn noot onder pres. Rb. Middelburg 18 augustus 1978, NJ 1979, 591; W.A. Hoyng, Botsende persoonlijke rechten, in BW-krant jaarboek 1985, Leiden 1985, blz. 83 e.v.; Oudelaar par. 29, Schoordijk in NJB 1983, blz. 968-969 (bespreking prft. Van Velten); W. Snijders, Botsende rechten op levering van eenzelfde goed, in de Schadee-bundel Recht door zee, Zwolle 1980, blz. 185 e.v.; M.H.J. Soutendijk-van Apeldoorn, in WPNR 5757 (1985), blz. 683-684; P.A. Stein, Het recht op levering bij de koop van onroerend goed, WPNR 5652 (1983), blz. 309 e.v.; A.A. van Velten, diss. blz. 237-239; dez., Koop van onroerende zaken, monografieën Nieuw BW B 65c, no. 19, Deventer 1984; dez., WPNR 5515 (1980), blz. 285 e.v.; dez., Verkopers verplichting tot (vrije en onbezwaarde) levering van onroerende zaken in het NBW, WPNR 5671-5672 (1983), blz. 673 e.v. en 685 e.v., spec. blz. 674-675; De Vries, blz. 33-37.

<sup>806</sup> Voor zakelijke rechten die met elkaar in botsing komen bepaalt art. 3.1.2.4a dat het oudste recht voorgaat.

van de aspirant-kopers geleverd is. Heeft de verkoper de eigendom overgedragen, dan is de koper eigenaar geworden en kan (of kunnen) de andere koper(s) de verkrijger nog slechts onder bepaalde omstandigheden uit onrechtmatige daad aanspreken.<sup>807</sup> We zouden kunnen zeggen dat in de verhouding tussen de beide kopers het recht van de tweede koper minder sterk is dan c.q. achter moet staan bij het recht van de eerste koper. Jegens de verkoper is het recht van de tweede koper echter niet zodanig verzwakt dat geen levering meer geeist zou kunnen worden. Op een niet toerekenbare tekortkoming om aan de leveringsplicht te voldoen zal de verkoper zich niet kunnen beroepen: hij heeft de situatie aan zichzelf te wijten. Hoogstens zou hij zich op de onmogelijkheid van de nakoming kunnen beroepen, op grond waarvan hij vervangende schadevergoeding zal moeten betalen.

Is er echter nog niet geleverd dan doet zich de vraag voor wiens recht voor gaat en wiens vordering gehonoreerd zal worden. Gaat het om de verkoop van onroerend goed, dan is denkbaar dat de eerste koper het voorlopig koopcontract als eerste ondertekende, dat de tweede koper het hoogste bedrag betaalde en dat de derde koper een notaris uitgezocht heeft die het snelste tot het verlijden van de transportakte kan overgaan. Welke koper gaat hier voor? Het gaat niet om zakelijke rechten: het tijdstip van ontstaan van het recht is beslissend: het oudste recht prevaleert. In het verbintenissenrecht geldt echter dat de persoonlijk gerechtigden in beginsel gelijke rechten hebben, zowel nu (art. 1178 BW) als straks (art. 3.10.1.2 NBW).

Door de gebrekkige regeling van de reële executie van een veroordeling tot levering in het geldend recht, heeft de hierboven genoemde vraag betreffende de botsende persoonlijke rechten inzake nakoming vroeger weinig aandacht getrokken. Hoogstens kwam dit naar voren bij de vraag of conservatoir beslag tot levering ter inleiding van een vordering tot levering mogelijk is (zoals we hiervoor in par. 8.9.2 zagen een zeer omstreden materie) of bij de behandeling van de vraag of de "ruime" pauliana in ons recht erkend wordt.<sup>808</sup> Nu het nieuwe recht in de artt. 730-737 NRv. een afdeling "conservatoir beslag tot afgifte van zaken en tot levering van goederen" introduceert valt te verwachten dat de uitspraak van de Middelburgse rechtbankpresident dd 18 augustus 1978, NJ 1979, 591 gevolgd zal worden door meer uitspraken die op deze materie betrekking hebben,

Welke oplossingen zijn nu denkbaar als de tweede (of latere) koper niets te verwijten valt?

Vier hoofdgroepen van oplossingen laten zich denken. Uiteraard zijn er vele tussenoplossingen met diverse nuanceverschillen mogelijk.<sup>809</sup>

a. Degene die het goed als eerste geleverd krijgt wordt eigenaar, terwijl de ander achter het net vist: wie het eerst komt, die het eerst maalt.

b. Degene die als eerste een bepaalde handeling verricht, i.c. het nemen van een conservatoire maatregel, krijgt het eerste recht op levering.

<sup>807</sup> Zie par. 3.6. Zie ook bijv. HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73: omdat aan de tweede overeenkomst al uitvoering gegeven was, kon aan de eerste overeenkomst niet meer voldaan worden, zodat slechts schadevergoeding in geld resteerde.

<sup>808</sup> Bijv. Asser-Rutten II, vierde druk, 1975, blz. 293.

<sup>809</sup> Vgl. Steins voorstel in WPNR 5652 (1983), blz. 309 e.v. voor een stelsel conform art. 736 NRv.

c. De rechter wordt geheel vrijgelaten in zijn keuze en kan zijn beslissing volledig van de omstandigheden van het geval laten afhangen.

d. Het oudste recht op levering prevaleert.

Ieder van deze oplossingen kent voor- en nadelen. Zo gaat het eerstgenoemde stelsel, ik zou dat als een voordeel willen zien, uit van de gelijke kansen van de schuldeisers: in principe is ieders recht gelijk, zodat het goed aansluit bij de *paritas creditorum* van art. 1178 BW en 3.10.1.2 NBW. Het past ook goed bij de vrijheid van de schuldenaar (zolang hij beschikkingsbevoegd is, d.w.z. zolang er geen beslag gelegd is) om de uitkomst te beïnvloeden, wat veelal zal geschieden door de voor hem als schuldenaar voordeligste oplossing te kiezen. Nadeel is echter dat het van toevalligheden kan afhangen wie eigenaar wordt: wie heeft het eerst een veroordeling van de schuldenaar, wie hoort het eerst over andere leveringsrechten of heel extreem "wiens deurwaarder heeft de snelste auto".<sup>810</sup>

In Duitsland (er geldt alleen een uitzondering voor de *Vormerkung* van par. 883 BGB) en Zwitserland<sup>811</sup> geldt dit stelsel. In Nederland is het praktijk bij de tenuitvoerlegging van de veroordeling tot levering van roerende zaken met de sterke arm: de deurwaarder die het eerste bij de zaak komt neemt deze mee, de ander heeft het nakijken.<sup>812</sup>

Het tweede stelsel houdt in feite ook de regel "wie het eerst komt, die het eerst maalt" in, maar nu met een belangrijke correctie. Degene die als eerste een bepaalde handeling verricht, namelijk het nemen van een conservatoire maatregel, kan zijn recht op levering verwezenlijken. Het als eerste optreden wordt nu niet op het moment van de levering bezien, maar al op het moment van het nemen van de conservatoire maatregel ter afdwinging van de gewenste levering. Dit is het stelsel van de huidige artt. 318a en 757 K en 6 Wet teboekgestelde luchtvaartuigen. Beslissend is het moment waarop van de instelling van de vordering tot levering aantekening in het register wordt gevraagd. De overschrijving van het toewijzende vonnis werkt in dit geval terug tot de dag van de aantekening. Vermelding verdient nog dat dit ook het in de par. 883 e.v. BGB neergelegde stelsel van de *Vormerkung* is.<sup>813</sup> Behalve de voor- en nadelen van het eerste stelsel kunnen nog enkele andere bezwaren naar voren gebracht worden. Het voornaamste bezwaar zou de dubbelzinnige terugwerkende kracht van de uiteindelijk voltooide levering zijn. Niet alleen kan het recht op levering omstreden zijn, zodat pas na een onaantastbare rechterlijke uitspraak en dus na enkele jaren duidelijkheid bestaat, ook wordt wel verdedigd dat de *paritas creditorum* doorbroken wordt.<sup>814</sup> Gezien art. 35 F en de door

<sup>810</sup> Vgl. Snijders, blz. 186.

<sup>811</sup> Von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Erster Band, bearbeitet von H. Peter, 3. Auflage, Zurich 1979, blz. 20.

<sup>812</sup> Asser-Rutten I, blz. 159; Snijders, blz. 186.

<sup>813</sup> Zie ook par. 895 ZPO.

<sup>814</sup> Zie M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, deel 1 derde gedeelte, *Faillissement en surseance van betaling*, zevende druk bewerkt door N.J. Polak, Groningen 1972, blz. 92, waar schrijvers in verschillende zin geciteerd worden, waarvan speciaal te noemen J. Knottenbelt, *Gedwongen levering van een schip*, AAe VIII (1958/1959), blz. 54 e.v. en J. Wiarda, *Antwoord op Rechtsvraag 40*, AAe VIII (1958/1959), blz. 59 e.v. Zie ook Brahn, *Zwaartepunten*, blz. 97; C.J. van Zeben

de diverse schrijvers aan deze bepaling gegeven uitleg, meen ik dat dit argument niet opgaat: de overschrijving van het vonnis kan na de faillietverklaring niet meer rechtsgeldig geschieden. Door het faillissement worden de rechten van de schuldeisers gefixeerd en kan geen voorrang op een vermogensbestanddeel verworven worden. De overschrijving van het vonnis werkt in geval voor de faillietverklaring conform de artt. 318a lid 1 en 757 lid 3 K van de instelling van een vordering tot levering van een schip aantekening is gedaan, in het scheepsregister terug tot de dag van de aantekening, maar nu dit vonnis op grond van de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K gelijk gesteld wordt met een leveringsakte, zal ook van dit vonnis na de faillietverklaring de overschrijving niet meer geldig kunnen geschieden.

Ook kan ik slechts gedeeltelijk het bezwaar onderschrijven dat in het NBW de terugwerkende kracht en de zakelijke werking van de ontbinding van een wederkerige overeenkomst afgeschaft wordt, zodat als hier wel terugwerkende kracht zou worden aangenomen, er sprake van een divergentie zou zijn. De vordering tot teruggave van een reeds geleverd goed is op grond van art. 6.5.4.14 NBW een persoonlijke vordering waarmee men juist aan de bezwaren tegen de doorbreking van de paritas creditorum tegemoet heeft willen komen.<sup>815</sup> Het laatste probleem is dat in dit stelsel het mogelijk is (in ieder geval niet onmogelijk is) om tot inschrijving te komen terzake van vorderingen tot levering bij voorbaat van een goed dat (nog) niet aan de schuldenaar toebehoort. Gezien art. 3.4.2.10 lid 1 NBW is het niet mogelijk toekomstige registergoederen bij voorbaat te leveren teneinde verwarring in de registers te voorkomen.<sup>816</sup> Voor de inschrijving van zo'n vordering moet hetzelfde gelden.

Het derde stelsel kent meer nadelen dan voordelen. Om met het positieve te beginnen: de rechter is geheel vrij in het nemen van zijn beslissing, kan daarbij met alle omstandigheden rekening houden en kan een uitspraak vellen die specifiek op het te berechten geval is toegesneden. Een parallel valt te trekken met art. 3.7.1.14 lid 1 NBW aangaande de verdeling van een gemeenschap, de adiudicatio. Daar staat tegenover dat geen enkele maatstaf voor de beslissing is aan te geven, zodat deze beslissing willekeurig kan lijken. Waar het bij de verdeling van een gemeenschap voor de hand ligt het gemeenschappelijke goed te verkopen en de opbrengst onder de gerechtigden te verdelen (art. 3.7.1.14 lid 2 sub c NBW), is dat hier juist uitgesloten. Zou dit wel mogelijk geacht moeten worden dan wordt het recht op nakoming en de reële executie van het recht daarop zo ernstig aangetast dat deze inhoudsloos worden. Ook de in art. 3.7.1.14 lid 2 sub b genoemde overbedelingsvordering past hier niet, omdat de schuldenaar vergoeden moet wat de achter het net vissende koper niet ontvangt. Evenmin biedt de onder a genoemde gedeeltelijke toedeling soulaas: de ene koper zou de woonkamer en de zolder, de andere koper de slaapkamers en de keuken krijgen!

---

c.s. in aant. no. 4 in Kluwers losbladige editie Faillissementswet op art. 35; Oudelaar par. 55a; Snijders, blz. 187-188; Stein, WPNR 5652, noot 14; A.A. van Velten, Bescherming van kopers van woningen, preadvies KNB 1985, blz. 61.

<sup>815</sup> Hartkamp Compendium, no. 24, 390, 391; Asser-Hartkamp II, no. 525, 527, 529.

<sup>816</sup> Asser-Beekhuis I, no. 325, 333; Hartkamp, Compendium, no. 104.

Kortom er moet een richtlijn voor de rechter bestaan. In het vierde stelsel krijgt de rechter die aanwijzing: in principe gaat de oudste vordering op levering voor de jongere, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. Dit stelsel ligt in het verlengde van de zakenrechtelijke rangorderegels (vgl. de artt. 3.1.2.4a en 3.4.2.10 lid 2 NBW) en stemt overeen met het in België en Frankrijk geldende recht ingeval van dubbele verkoop.<sup>817</sup>

Het grote voordeel is dat hier een duidelijke regel gegeven wordt die echter niet tot absurde resultaten in een concreet geval hoeft te leiden nu het slechts een vuistregel betreft. Zo wijkt de vuistregel als uit de wet anders voortvloeit, vgl. art. 4.4.2.4 NBW en de inmiddels vervallen vordering tot terugkoop ex art. 3.4.2.3a lid 3 of 3.4.2.3b lid 2. Bovendien lijkt dit stelsel het meeste aan te sluiten bij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake dubbele verkoop, waarbij aangenomen wordt dat de tweede koper door levering te vorderen onder omstandigheden een onrechtmatige daad pleegt en de eerste koper alsnog zijn recht verwezenlijkt ziet.

Zolang niet te sterk wordt vastgehouden aan de regel dat het oudste recht op levering voorgaat, maar de mogelijkheid bestaat hiervan in het concrete geval af te wijken, zijn de bezwaren tegen het derde stelsel afdoende weerlegd en rijzen geen nieuwe bezwaren. Toch moeten m.i. twee kanttekeningen geplaatst worden. Door op blz. 190-191 een aantal gevallen te schetsen maakt Snijders duidelijk dat het soms niet eenvoudig zal zijn om uit te maken of de vuistregel behoort te gelden of dat juist afgeweken mag/moet worden. Daarnaast zal soms moeilijk uit te maken zijn welke vordering de oudste is. Wanneer ontstaat bij een alternatieve verbintenis de vordering tot levering, op het moment van de koop of pas op het moment dat de keuze wordt uitgebracht? Als nagegaan wordt of het recht van de ene schuldeiser ten aanzien van het goed al een zo vaste vorm had aangenomen dat de andere schuldeiser, zou hij van het recht op de hoogte geweest zijn, zich behoorde te onthouden van het verrichten van de rechtshandeling waaruit zijn eigen recht op levering voortvloeit (met andere woorden zou de tweede schuldeiser een onrechtmatige daad plegen of niet), dan lijkt me dit probleem wel oplosbaar. Voor het geval van de alternatieve verbintenis betekent dit dat als de keuze aan de schuldeiser toekomt het tijdstip van deze keuze beslissend is en dat als het keuzerecht bij de schuldeiser berust het tijdstip van de overeenkomst beslissend is.

In dit laatste stelsel blijft de verhouding van de schuldenaar tot ieder der schuldeisers gelijk. De schuldenaar is ten opzichte van elke schuldeiser tot nakoming gehouden zolang niet geleverd is, waartoe hij door de rechter veroordeeld kan worden. Een beroep op overmacht door de schuldenaar is kansloos, hij heeft de situatie zelf in het leven geroepen. Heeft de schuldenaar aan de wens van een schuldeiser voldaan, hetzij "vrijwillig" hetzij na tot levering veroordeeld te zijn, dan speelt het hier aan de orde zijnde probleem niet meer.

Dit vierde stelsel is in het NBW opgenomen als art. 3.11.2a en wordt

<sup>817</sup> Vgl. P. Heurterre, Overzicht van rechtspraak (1971-1976), Voorrechten en hypotheek, TPR 1978, blz. 1143 e.v., nr. 22 op blz. 1151.

<sup>818</sup> Pres. Rb. Middelburg 18 augustus 1978, NJ 1979, 591; Pres. Rb. Rotterdam 26 februari 1981, KG 1981, 13; Pres. Rb. Alkmaar 7 december 1982, KG 1983, 1.

o.a. door enkele rechtbankpresidenten,<sup>819</sup> Heemskerk<sup>819</sup> en de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek uit de Eerste Kamer in het Eindverslag boek 3, blz. 6-7, gevolgd.<sup>820</sup>

P.A. Stein heeft zich tegen dit laatstgenoemde stelsel zoals dat in de wet opgenomen zou moeten worden, gekeerd.<sup>821</sup> Zijn bezwaren komen er op neer: a. lang niet altijd is zeker wie als eerste kocht, b. afwijking van de vuistregel is mogelijk, maar daarbij kunnen grote problemen rijzen, c. door de onderlinge gerechtigdheid van de schuldeisers van de datum van hun vorderingsrecht afhankelijk te maken wordt inbreuk gemaakt op het beginsel van de *paritas creditorum*, zoals neergelegd in art. 3.10.1.2 NBW en d. de eerste koper zou voorgaan wanneer hij voor de tweede koopovereenkomst al beslag tot levering gelegd zou hebben. Stein kiest voor een stelsel dat overeenkomst vertoont met art. 736 Nrv.: beide vorderingen tot levering worden opgelost in vorderingen tot schadevergoeding. Art. 3.11.2a zou dan meer verband houden met het executierecht, zodat daaraan niet te veel gevolgen moeten worden verbonden voor het doorwerken van persoonlijke rechten op levering, maar er zou meer sprake zijn van het doorhakken van een knoop voor het geval van de verschillende executoriale beslagen tot levering.<sup>822</sup> In de Memorie van Antwoord op wetsontwerp 17.496, nr. 10, blz. 72-73 worden deze bezwaren m.i. terecht als niet doorslaggevend beschouwd. Steeds wanneer in plaats van een vaste regel de mogelijkheid bestaat om rekening te houden met de omstandigheden van het concrete geval zijn dergelijke bezwaren op te werpen. Zoals hierboven al aangeduid kan juist het hanteren van een vaste regel tot grote onbillijkheden leiden, terwijl ook bedacht moet worden dat het om betrekkelijk weinig voorkomende gevallen gaat.

Overigens schuilt er m.i. een inconsequentie in Steins voorstel. Bij reële executie gaat het erom dat de schuldeiser krijgt waar hij recht op heeft. Is een huis tweemaal verkocht dan zullen in de regel beide kopers prijs stellen op levering en zal de schadevergoeding (nb. de schade zal dikwijls moeilijk vast te stellen zijn) secundair zijn: het is slechts een surrogaat, want geen huis dat gekocht wordt met het oog

<sup>819</sup> In zijn noot onder de Middelburgse uitspraak.

<sup>820</sup> Vgl. decisio 50 van Van Nieustad: A had aan B een stuk land verkocht maar niet geleverd. Door de rechter was A tot levering aan de koper veroordeeld, maar hij voldeed niet aan het vonnis: hij bood B schadevergoeding in geld aan, aanvoerende dat de levering onmogelijk geworden was omdat hij het stuk land intussen aan C verkocht en geleverd had. De Hoge Raad ontdekte na een onderzoek van de feiten (dat mocht toen nog, AWJ) dat A niet de waarheid sprak, omdat hij niet aan C geleverd had en dus nog aan B zou kunnen leveren. Daarom gelastte de Hoge Raad dat A "in de Gijzeling zoude worden gehouden tot dat hij 't zelve Land hadde geleverd." Fischer, blz. 276 e.v.; de uitspraak is op blz. 132 opgenomen van de Rotterdamse uitgave uit 1655, Kornelis van Nieustad en Jakob Kooren, *Hollandse praktijk in Rechten* (vertaald door Adriaan van Nispen uit het Latijn).

<sup>821</sup> WPNR 5652 (1983), blz. 309 e.v. Ook A.J.M. Nuytinck keert zich tegen dit stelsel in stelling VI bij zijn proefschrift "Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht", KU Nijmegen 1987: Art. 3.11.2a (...) is geen wenselijk recht.

<sup>822</sup> Vgl. Verslag jaarvergadering KNB 1983, blz. 19 en 21; Wetsontwerp 17.496 nr. 9, Voorlopig Verslag, blz. 24.

op zelfbewoning, wordt tegelijkertijd gekocht met het oog op het verkrijgen van schadevergoeding.<sup>823</sup> In het voorstel van Stein heeft geen van beiden recht op levering en moeten zij zich tevreden stellen met schadevergoeding in geld, zodat beide kopers teleurgesteld worden. In gedachten moet tevens worden gehouden dat het bij dubbele verkoop vaak zal gaan om een onachtzame, soms zelfs bedriegelijke verkoper. Het door Stein gepropageerde stelsel werkt in het voordeel van een dergelijke verkoper, want wordt geen schadevergoeding betaald dan kan aangestuurd worden op een executoriale verkoop, waarbij de ene koper hoopt hoger te kunnen bieden dan zijn medegegagigde. Het uiteindelijke bedrag kan de oorspronkelijke koopsom gemakkelijk overtreffen (zeker als ook derden menen dat het een aantrekkelijk onroerend goed betreft), want elk zal in ieder geval iets meer dan de oorspronkelijke koopsom willen bieden in de hoop de ander te kunnen aftroeven. Ook als men de eventuele meeropbrengst niet aan de verkoper ten goede wil laten komen en aanneemt dat deze voor de andere aspirantkoper(s) is, blijft het onbevredigend dat degene die het kapitaalcrachtigst is (of voor een hoger bedrag hypotheek kan verschaffen) en niet degene wiens recht naar redelijkheid en billijkheid voor moet gaan eigenaar wordt. Ook het onder c. genoemde bezwaar overtuigt mij niet. De gelijkberechtiging van schuldeisers is steeds meer uitzondering geworden.<sup>824</sup> Daarnaast wordt de gelijkberechtigtheid niet doorbroken: slechts wordt uitgemaakt wie het onroerend goed geleverd krijgt en wie schadevergoeding (het geleden verlies, de gemaakte kosten en de gederfde winst wegens het niet verkrijgen van het onroerend goed) ontvangt.

Betekent dit dat ook ik voor het stelsel van Snijders zoals neergelegd in art. 3.11.2a NBW kies? Nee, mijn voorkeur gaat voor de vorderingen tot levering van registergoederen uit naar een ander stelsel. Dat die voorkeur niet het eerste of het derde stelsel betreft zal geen verrassing zijn, aangezien tegen beide stelsels teveel bezwaren in te brengen zijn. Mijn voorkeur gaat uit naar het met name door Van Velten<sup>825</sup> verdedigde tweede stelsel:<sup>826</sup> De rangorde van de botsende

<sup>823</sup> In geval van speculatie ligt dat anders.

<sup>824</sup> We hoeven slechts te denken aan de voorrechten van belastingdienst en bedrijfsverenigingen, de artt. 1185 en 1195 BW en de regels van voorrang die boek 3 titel 10 NBW noemt. Ook al worden onder het wordend recht vele privileges afgeschaft, de positie van belastingdienst en bedrijfsverenigingen blijft gunstig. Vgl. Stein, hypotheek, blz. 13.

<sup>825</sup> Diss., blz. 237-239, Monografie Nieuw BW blz. 84 e.v., WPNR 5515 (1980) en 5671-5672 (1983), Preadvies KNB 1985, blz. 61-66.

<sup>826</sup> Andere voorstanders: J. Elders, WPNR 5683 (1984), blz. 74-75; W.M. Kleijn, Verslag jaarvergadering KNB 1983, blz. 15 (nb. In zijn preadvies KNB 1985, blz. 46-60, met name blz. 58-60, blijken enige bedenkingen.); P.J.N. van Os, Verslag jaarvergadering KNB 1983, blz. 14; A.H.M. Santen, WPNR 5752 (1985), blz. 590; Schoordijk, WPNR 5719 (1984) en NJB 1983, blz. 968-969; W.G. de Vries, WPNR 5568 (1982). Ook Consumentenbond, Konsumenten-kontakt en Vereniging Eigen Huis kiezen in hun rapport koop/verkoop bestaand onroerend goed, december 1985, blz. 8-10 voor de schriftelijke vastlegging van zo'n koopovereenkomst ten overstaan van een notaris gevolgd door publicatie in de hypotheekregisters met zakelijke werking. Tegenstanders: A.R. Bloembergen,

leveringsrechten wordt bepaald door het tijdstip waarop elk van de schuldeisers een bepaalde conservatoire maatregel heeft genomen. Dit stelsel vinden we voor het huidige recht o.a. in de artt. 318a K, 757 K, 6 Wet teboekgestelde luchtvaartuigen en art. 4 Tijdelijke wet huurkoop onroerend goed en zal straks in de artt. 8.3.2.10 en 8.8.2.11 NBW geldingskracht krijgen.<sup>827</sup> Hetzelfde stelsel is ook terug te vinden in de Wet huurkoop teboekstaande binnenschepen van 27 juni 1985, Stb. 364, waarbij aan het Wetboek van Koophandel de artt. 765a-765m toegevoegd werden. In de Memorie van Toelichting (kamerstuk 18.177 nr. 3) blz. 8 kunnen we lezen dat het in Nederland niet mogelijk is om huurkoop van binnenschepen als een zakelijk recht in te voeren, aangezien Nederland het verdrag van Geneve inzake inschrijving van binnenschepen geratificeerd heeft en bij wetten van 3 juli 1974 (Stb. 388) en 14 mei 1980 (Stb. 233) zijn wetgeving reeds aan dit verdrag heeft aangepast. "Het verdrag verzet zich er evenwel niet tegen om aan het persoonlijke recht op levering van de huurkoper zakelijke werking te verlenen, wanneer de scheepshuurovereenkomst in het openbare register (dat is het scheepsregister, AWJ) is ingeschreven". Zie met name de artt. 765a lid 2 en 765b leden 1 en 2 K.

Voor de goede orde lijkt het mij nuttig hier te vermelden wat naar geldend recht de bevoegdheden van de koper van een teboekgesteld zee- of binnenvaartschip zijn.

- Van de instelling van een vordering tot levering kan door de koper op grond van de artt. 318a lid 1 en 757 lid 3 K een aantekening in het scheepsregister geplaatst worden. De overschrijving van het vonnis werkt terug tot de dag der aantekening zodat de mogelijkheid tot reële executie aangevuld wordt met een conservatoire maatregel. Door de terugwerkende kracht deren vervreemdingshandelingen van de verkoper de koper niet.

- De koper kan bovendien op grond van art. 721 Rv. revindicatoir beslag op het schip leggen, waardoor niet alleen de juridische beschikingsmacht van de beslagene beperkt wordt, doch ook het vertrek van het schip belet wordt (art. 565 lid 2 Rv.), zodat het feitelijk recht op levering dat de koper toekomt beveiligd is.

- Blijkens de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K wordt onder akte ook het in kracht van gewijsde gegane vonnis inhoudende de veroordeling tot levering van het schip verstaan, zodat de koper op grond van het eerste lid van die artikelen zich door overschrijving van het vonnis zonder medewerking van de verkoper de eigendom van het schip kan verschaffen.

Dat de koper van een teboekgesteld schip dank zij deze bevoegdheden in een betere positie verkeert dan de koper van een woning, zal door niemand betwijfeld worden.

---

WPNR 5638 (1983); H.W. Heyman, RM Themis 1986, blz. 240-241; E. Kwakernaat, BR 1983, blz. 188 (alle drie in hun bespreking van het proefschrift van Van Velten); Mijnsen, Verslag jaarvergadering KNB 1983, blz. 15; P.A. Stein, WPNR 5652 (1983).

<sup>827</sup> Vgl. ook art. 24 lid 1 Wet voorkeursrecht gemeenten, artt. 2 lid 1 en 37 lid 1 Wet agrarisch grondverkeer; Van Velten, diss., blz. 56 en 61; over eerstgenoemde wet in WPNR 5578 (1981) de bijdragen van R.H. Blom en G. Verdoes Kleijn; zie ook artt. 3.1.2.2 sub a en 6.5.3.4 NBW.



Als Snijders (en in navolging van hem art. 3.11.2a NBW) stelt dat wanneer A eerst aan B en vervolgens aan C verkoopt en aan geen van beiden levert, ook als C te goeder trouw is, bij wege van vuistregel dient te worden aangenomen dat B boven C zou gaan, behoudens enkele uitzonderingen, zal deze opvatting door velen in juridisch Nederland onderschreven worden. Niet echter door E.W.J.H. de Liagre Bohll die m.i. terecht tijdens de behandeling van de preadviezen KNB 1983 opmerkte<sup>828</sup> dat het bij de dubbele verkoop om een alledaags verschijnsel gaat, vaak is er een communicatiestoornis tussen de verkoper van een huis en de makelaar, als gevolg waarvan een huis tweemaal wordt verkocht. "Het is een hardnekkig bijgeloof, niet alleen in het notariaat, maar in heel juridisch Nederland, dat dan het oudste persoonlijk recht zou voorgaan. Ik zeg het een beetje categorisch mischien: natuurlijk is dat niet zo. Dat geldt alleen voor zakelijke rechten. Dat is nou juist het verschil tussen persoonlijke en zakelijke rechten. De president van een der grotere arrondissementsrechtbanken placht dan te roepen: niet zeuren, zoek de goedkoopste wanprestatie en pleeg die".<sup>829</sup> Natuurlijk staat het de wetgever vrij om deze regel in de wet neer te leggen. Ik kan echter niet inzien waarom nu juist het oudste recht op levering behoort te prevaleren, en waarom niet bijv. het recht op levering dat de hoogste opbrengst oplevert. Evenmin kan ik, en met mij Van Velten en Schoordijk in de bespreking van het proefschrift van eerstgenoemde in NJB 1983, blz. 968 inzien waarom een "Vormerkung"<sup>830</sup> zoals door Van Velten in zijn proefschrift, blz. 200 e.v., bepleit en opgenomen in het Duitse recht in par. 883 e.v. BGB als zakelijke last verwerpelijk zou zijn. Waarom kan deze aantekening wel een goede functie vervullen in de hierboven genoemde Wet teboekgestelde luchtvaartuigen, de Tijdelijke wet huurkoop onroerend goed, de Wet agrarisch grondverkeer, de Wet voorkeursrecht gemeenten en de Wet huurkoop teboekstaande binnenschepen, waarom kan de regeling wel een zodanig goede functie vervullen bij de levering van schepen zodat ze in het NBW gehandhaafd blijft, maar waarom zou deze rechtsfiguur voor het overig NBW geen goede functie kunnen vervullen? Dat het hier om zo uitzonderlijke gevallen zou gaan, komt mij vreemd voor. Bovendien wordt een deel van de huidige op (lucht)vaartuigen betrekking hebbende regeling wel overgenomen in het NBW voor alle goederen waarbij voor levering een akte nodig is. Uit art. 3.11.4 lid 2 NBW blijkt immers dat de rechter kan bepalen dat zijn uitspraak in de plaats van de akte treedt. Als Snijders op blz. 187 zegt dat in boek 3 NBW niet de zeerechtelijke weg gekozen is, dat daar in een andere richting gedacht wordt en volgens de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer betreffende

<sup>828</sup> Blz. 18 van het Verslag. Zie ook Schoordijk in WPNR 5719 (1984), blz. 719-720.

<sup>829</sup> Zie ook P.A. Stein, blz. 21 van hetzelfde Verslag.

<sup>830</sup> De voorlopige registratie in de openbare registers om de belangen van de koper veilig te stellen gedurende de tijd tussen het moment van het sluiten van de obligatoire overeenkomst en de levering van het goed; welke registratie als effect heeft dat de persoonlijk gerechtigde die zijn vordering als eerste ingeschreven heeft in het register zijn rechten ziet voorgaan boven alle andere persoonlijk gerechtigden die hun rechten later lieten inschrijven, ook al is hun recht van eerdere datum. Engelsen spreken over "priority notice".

boek 3, blz. 18-19<sup>831</sup> de voorkeur gegeven is aan een bijzonder conservatoir beslag boven de inschrijfbaarheid van de vordering tot levering, dan begrijp ik het laatste zinsgedeelte niet. Ik begrijp niet dat als in een Memorie van Antwoord iets opgenomen wordt, dit voor altijd vastligt (want daar komt het betoog van Snijders op neer) en dit niet meer te wijzigen zou zijn. Naar mijn mening moet het toch mogelijk zijn om na verloop van enige jaren gemotiveerd uit te spreken dat bij nader inzien toch voor een andere oplossing gekozen wordt.

Hierboven heb ik de door Snijders op blz. 188 genoemde (en in de Memorie van Toelichting op kamerstuk 16.593, blz. 122-123 herhaalde) bezwaren tegen de Vormerkung, tegen de aard van de hier bedoelde inschrijvingen als conservatoire maatregel, nog niet geheel weerlegd.

Het klopt dat voor conservatoir beslag het verlot van de rechtbankpresident nodig is en dat deze het beslag later in kort geding kan opheffen, waardoor overbodige of vexatoire inschrijvingen kunnen worden voorkomen c.q. snel weer verwijderd kunnen worden uit de registers. Dat de inschrijving van de dagvaarding in dit opzicht minder soepel zou werken, kan ik niet inzien. In kort geding kan steeds de doorhaling van de inschrijving gevorderd worden, terwijl art. 3.11.4 NBW aangeeft dat het vonnis in de plaats van de wilsverklaring kan treden, zodat op grond van de rechterlijke uitspraak de doorhaling kan geschieden.

Dat de aantekening tot een routinemaatregel zal worden en tot overbelasting van de registers zal leiden waardoor afbreuk aan de overzichtelijkheid en de openbaarheid zou worden gedaan, is iets wat de toekomst zal moeten leren.<sup>832</sup> Zelf til ik niet zo zwaar aan dit bezwaar, omdat de aantekening in specifieke situaties gemaakt zal worden.<sup>833</sup> Bij de verkoop van een huis zal de aantekening alleen gemaakt worden als de "voorlopige koopakte" is opgemaakt om zo het recht op levering te beveiligen. Bovendien is het te opperen bezwaar overbelasting van de registers, eenvoudig te ondervangen door enerzijds de inschrijving een korte levensduur te geven met verval van rechtswege na bepaalde tijd en anderzijds computerisering van de openbare registers.<sup>834</sup> W.L. Haardt drukte het als discussieleader bij de bespreking van de preadviezen van Mijssen c.s. op de jaarvergadering 1983 van de Konink-

<sup>831</sup> PG boek 3, blz. 118-120.

<sup>832</sup> Bij de invoering van boek 1, titel 19 BW (onder bewindstelling ter bescherming van meerderjarigen) in 1981 verwachtte men ook een veelvuldige toepassing van de regeling en werden extra waarnemend griffiers aangesteld. Het tegendeel bleek al snel, van een grote vloed verzoekschriften is geen sprake.

<sup>833</sup> In art. 3.4.2.10 NBW wordt bepaald dat toekomstige registergoederen niet bij voorbaat geleverd kunnen worden. Dit lijkt me een wezenlijk ander geval te betreffen, nu bij registergoederen verwarring kan ontstaan en voorkomen moet worden dat allerlei inschrijvingen geschieden in de hoop dat de betrokkene ooit gerechtigde zal zijn. Hier is echter al sprake van een concreet geschil tussen een aantal potentiële gerechtigden ten aanzien van hetzelfde goed.

<sup>834</sup> Vgl. Preadvies KNB 1985, Kleijn en Van Velten, blz. 43-44; Kleijn, blz. 58 en Van Velten, blz. 65-66: in Engeland en Spanje geldt een termijn van 14 resp. 60 dagen, beide met een mogelijkheid van verlenging.

lijke Notariele Broederschap als volgt uit:<sup>835</sup> "Ik begrijp dat we misschien naar een computer-systeem toe moeten waarbij alle notarissen zijn aangesloten, of een terminal waar ze meteen kunnen zien wat er met een bepaald onroerend goed aan de hand is, zoals aan het Centraal Station in Den Haag een paar juffrouwen zitten achter een computer, die meteen kunnen zien welke plaats in welke internationale trein op een bepaald moment nog niet of al wel besproken is. Maar dat is natuurlijk een kostbare affaire."<sup>836</sup>

Bedacht mag ook worden dat de inschrijving niet gratis hoeft te zijn. Wie zijn recht op levering wil waarborgen zal een aantekening moeten plaatsen en moet daarvoor betalen. Wie de verkoper volledig vertrouwt of geen reden tot inschrijving ziet op grond van bijv. financiële motieven, neemt een risico en moet dat zelf beoordelen.

Dat de inschrijving alleen dienst kan doen bij registergoederen en dat het systematisch weinig gelukkig is om afwijkende figuren te kiezen voor de niet-registergoederen is een nauwelijks tellend argument. Juist het verschil registergoed niet-registergoed brengt mee dat er verschillende regels kunnen gelden. Het zou systematisch het gelukkigst zijn als dezelfde regels zouden gelden ongeacht of het een registergoed, een zakelijk recht of een tegenwoordig goed betreft of niet, maar praktisch is dit niet mogelijk. Daarnaast zal het probleem zich bij niet-registergoederen minder vaak voordoen. Heb ik een boek gekocht, dan zal ik dat in de regel (vrijwel) direkt ontvangen.

Als belangrijkste bezwaar tegen de invoering van de "Vormerkung" in ons recht wordt veelal aangevoerd dat dit een doorbreking van de *paritas creditorum* zou betekenen, met name in het geval van faillissement van de verkoper. Daarbij wordt dan gewezen op art. 35 F. Zoals hierboven al aangeduid meen ik dat dit argument niet opgaat. In het artikel is het stelsel van fixatie van de rechten van schuldeisers op het moment van de faillietverklaring neergelegd. Het artikel zal ook toepassing vinden wanneer voor de faillietverklaring overeenkomstig de artt. 318a en 757 K in het scheepsregister aantekening is gedaan van een vordering tot levering van een schip. De overschrijving van het vonnis werkt in zo'n geval wel terug tot de dag van de aantekening, maar nu dit vonnis volgens de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K gelijkgesteld wordt met een leveringsakte, zal ook van dit vonnis na de faillietverklaring de overschrijving niet meer rechtsgeldig kunnen geschieden. Kortom de *paritas creditorum* wordt m.i. niet verbroken.

<sup>835</sup> Blz. 16 van het Verslag.

<sup>836</sup> Zie ook R.A. van Exter-Versteeg en J.A.C. Nuijens, *Automatisering Kadastrale Registratie*, WPNR 5766 (1985), J.L.G. Henssen, *De notaris en de kadastrale automatisering*, WPNR 5781 (1986) en Borsele als eerste over op geautomatiseerd kadaster-systeem, *Binnenlands Bestuur* 20 december 1985, blz. 5. Een geautomatiseerde kadastrale registratie zal omstreeks 1993 voor het hele land een feit zijn. Uit kamerstuk 17.496, nr 10, MvA II, blz. 6 blijkt overigens dat het momenteel wel in de bedoeling ligt de kadastrale registratie te automatiseren, maar niet ook de openbare registers waarin de inschrijving van de koopovereenkomsten plaats zou moeten vinden. Ook De Haan, *Verslag KNB 1985*, blz. 3 pleit voor een geautomatiseerd kadaster. Van Velten acht, blz. 4, koppeling van de toekomstige gemeentelijke registers aan de onroerend goedregisters ideaal.

Anderzijds biedt de invoering van de "Vormerkung" enige voordelen. Wel zal dan een Nederlandse rechtsterm als Aantekening of Notitie ingevoerd moeten worden.

Van Velten besteedt<sup>837</sup> ruime aandacht aan deze rechtsfiguur en geeft aan dat deze gebaseerd is op een obligatoire (eventueel toekomstige) rechtsverhouding en andere onroerend goedtransacties niet absoluut blokkeert. De eigenaar kan aan elke derde overdragen, maar deze overdracht kan later "relativ unwirksam" blijken te zijn jegens degene die de Vormerkung geplaatst heeft in het register, zodat de derde hem later eventueel nog datgene zal moeten verschaffen, waarop hij recht zal blijken te hebben.

Wil er een geldige Vormerkung bestaan, dan moet aan het volgende voldaan zijn:

- er moet een privaatrechtelijke aanspraak zijn met betrekking tot een zakenrechtelijke wijziging ten hypotheekkantore;
- deze aanspraak moet rechtsgeldig zijn;
- de aanspraak moet in vervulling kunnen gaan door de uiteindelijke inschrijving in het openbare register.

Volledigheidshalve vermeld ik dat de Vormerkung doorgehaald kan worden als de gerechtigde een met een volmacht voor een royementsakte vergelijkbare verklaring (Aufhebungserklärung) afgegeven heeft. In de par. 886 e.v. BGB wordt aangegeven in welke gevallen en hoe de Vormerkung ophoudt te bestaan, bijv. als de uitvoering van de overeenkomst ter verzekering waarvan de Vormerkung dient onmogelijk geworden is of als de betreffende aanspraak niet meer uitgeoefend wordt.<sup>838</sup>

Van Velten noemt op blz. 203 enkele voorbeelden waaruit het belang van de Vormerkung duidelijk blijkt. Allereerst noemt hij het geval dat twee ongehuwden samen een woning kopen, maar deze om hun move-rende redenen juridisch ten name van een hunner willen stellen. Er wordt dan een overeenkomst aangegaan die de onderlinge vermogens-rechtelijke verhouding met betrekking tot het gekochte regelt, inhoudende onder meer de verplichting van de juridische eigenaar de onverdeelde helft in de eigendom op eerste verzoek van de ander aan deze juridisch te leveren c.q. de verplichting voor de erven van de juridische eigenaar bij diens eerst overlijden de gehele juridische eigendom te leveren. Een Vormerkung kan vervolgens in het openbare register opgenomen worden, waardoor de nakoming van de hierboven genoemde verplichtingen verzekerd wordt, mede ten opzichte van de erven van de juridische eigenaar.

Daarnaast kan een Vormerkung bij de juridische levering van onroerend goed ingeschreven worden ten behoeve van de oude eigenaar-verkoper voor het geval teruglevering om welke reden dan ook noodzakelijk zou zijn. Op grond van par. 895 ZPO kan ingeval een vonnis tot levering van onroerend goed bij voorraad uitvoerbaar is verklaard, al voordat het vonnis in kracht van gewijsde gegaan is, de eiser een Vormerkung te zijnen gunste laten inschrijven.

Tot slot noemt Van Velten het belang van de Vormerkung in verband met in de toekomst uit te oefenen rechten als een voorkeursrecht tot koop, mits het recht ten tijde van de inschrijving bestaat.

<sup>837</sup> Met name in zijn proefschrift, blz. 200 e.v. en de monografie Nieuw BW B 65c, no. 19.

<sup>838</sup> Zie ook het commentaar van Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7, 43. neubearbeitete Auflage, München 1984 in de par. 883 e.v.

Alles overziend zou ik ten aanzien van registergoederen ervoor willen pleiten om in art. 3.1.2.2 NBW de mogelijkheid te openen koopovereenkomsten c.q. de dagvaarding inzake de vordering tot levering in de openbare registers te laten aantekenen. Dit zou de invoering van de Vormerkung/priority notice in ons recht betekenen. Daarmee zou de koper naast zijn persoonlijk recht een recht op levering met zakelijke werking ofwel een recht op levering dat als een zakelijke last werkt, toegekend worden. Dinger heeft hiervoor al in zijn proefschrift<sup>839</sup> gepleit. Nu blijkt de instemming hiermee uit de publikaties van Schoordijk en Van Veltens. Zeker is echter dat als de koper een recht op levering met zakelijke werking heeft, de problemen als die het Baarns beslag (HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56) ons gebracht hebben tot het verleden behoren.

Het zou dan ook aanbeveling verdienen als de wetgever, i.c. de ontwerper van het NBW, zich (nogmaals) in Van Veltens proefschrift (met name de blz. 192-219) zou verdiepen. Daar blijkt dat in andere landen de aantekening in onroerend goed registers een in de dagelijkse rechtspraktijk als normaal beschouwde zakenrechtelijke bescherming voor persoonlijk gerechtigden m.b.t. dat onroerend goed oplevert, tot het tijdstip dat zij de eigendom van het betreffende goed onaantastbaar verworven hebben.

Betreft het botsende rechten op levering van niet-registergoederen, dan is het niet mogelijk om de rangorde van de leveringsrechten te laten bepalen door het tijdstip van de inschrijving van de vordering tot levering in de openbare registers. In dergelijke gevallen zal het door Sniijders gepropageerde stelsel, zoals in art. 3.11.2a neergelegd, wel gevolgd moeten worden. Er wordt een duidelijke regel gegeven die echter niet tot absurde resultaten in een concreet geval hoeft te leiden nu het slechts een vuistregel betreft. Bovendien lijkt het stelsel het meeste aan te sluiten bij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake dubbele verkoop, waarbij wordt aangenomen dat de tweede koper door levering te vorderen onder omstandigheden een onrechtmatige daad pleegt en de eerste koper alsnog zijn recht verwezenlijkt ziet.

Art. 3.11.2a in de huidige vorm geldt alleen in de verhouding tussen schuldeisers. Met andere woorden: als al aan een van de schuldeisers geleverd is, kan het artikel geen toepassing meer vinden nu de betrokkene eigenaar geworden is en geen schuldeiser meer is.<sup>840</sup> Alleen in het geval dat degene die op grond van een later recht de levering verkreeg het eerdere recht kende en zich aan een onrechtmatige daad schuldig maakte, is bij wijze van schadevergoeding in natura de levering van het goed alsnog af te dwingen (vgl. art. 6.3.1.1 jo 6.1.9.9 NBW). Het betekent ook dat het artikel de verhouding schuldeiser-schuldenaar niet beïnvloedt: de schuldenaar blijft tot nakoming verplicht, waarbij de niet-nakoming van de verplichting wanprestatie ofwel een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst oplevert en een beroep op overmacht c.q. een niet-toerekenbare tekortkoming niet kan slagen.

<sup>839</sup> W.N.Dinger, Het zakelijk karakter van het recht van den eersten kooper, RU Utrecht 1919.

<sup>840</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 15 november 1949, NJ 1950, 78 inzake de verkoop van auteursrecht tijdens optietermijn: voor de tot de optie gerechtigde resteert slechts schadevergoeding i.v.m. gedeelde winst.

In het bij uitspraak van 23 juni 1983, NJ 1985, 617 berechte geschil kwam de Rb. Arnhem niet aan een anticiperende interpretatie van deze bepaling toe. Het ging om enerzijds een gerechtigde met een voorkeursrecht van koop van een perceel onroerend goed, terwijl anderzijds de wederpartij al een "voorlopige koopovereenkomst ondertekend had en derhalve al een koopovereenkomst aangegaan was." De rechtbank was van oordeel dat het i.c. niet nodig was om het komend recht anticiperend toe te passen nu de rechten niet van gelijke aard waren. Waar de een een recht had om een koopovereenkomst aan te gaan, is door de ander die koopovereenkomst al gesloten zodat laatstgenoemde recht op levering had en eerstgenoemde (nog) niet. Door de daaropvolgende levering is nakoming van het voorkeursrecht niet meer mogelijk en lost dit zich tegenover de verkoper op in vervangende schadevergoeding. Slechts als de verkoop een onrechtmatige daad zou opleveren zou dit anders zijn (zie hierboven). Bij de redenering van de rechtbank valt de volgende kanttekening te maken. Ook al is een voorlopige koopakte ondertekend, dan betekent dit nog niet dat de koper eigenaar geworden is; deze heeft slechts recht op levering en is nog schuldeiser. Ook de gerechtigde met een voorkeursrecht is schuldeiser. Stel dat het voorkeursrecht inhield dat de gerechtigde voor een vast bedrag het perceel kon kopen, dan zou dit betekenen dat als de gerechtigde meedeelt van zijn voorkeursrecht gebruik te maken er een koopovereenkomst tot stand komt, waarbij de nodige formaliteiten nog vervuld moeten worden. Zou in zo'n geval de voorkeursgerechtigde niet het oudste recht op levering hebben, dan wordt het voorkeursrecht tot een vrijwel onbetekenend recht uitgehold.

Het artikel heeft alleen betrekking op botsende rechten op levering van een goed,<sup>841</sup> want ingeval van cumulatie van een beslag tot levering met een beslag tot verhaal zijn de artt. 497 en 736 Nrv. van toepassing, zodat op grond van het tweede lid van die bepalingen het beslag tot levering geacht wordt tevens te zijn gelegd tot verhaal van de vordering tot vervangende schadevergoeding wegens het uitblijven van de afgifte of de levering. Daarmee geldt de paritas creditorumregel van art. 3.10.1.2 weer.

Zoals hierboven ook al bleek, gaat het oudste recht op levering niet altijd voor. Op grond van de wet, de aard van de rechten of de redelijkheid en billijkheid kan een later recht op levering voorgaan. We kunnen daarbij denken aan art. 4.4.2.4,<sup>842</sup> waar blijkt dat het recht op levering op grond van een legaat, achter staat bij het recht op levering op grond van de koop van het goed van de erflater voordat de nalatenschap openviel. Ook kunnen we denken aan de schuldeiser die op een zaak die hem als specieszaak verschuldigd is beslag legt, terwijl een andere schuldeiser met een oudere vordering tot levering van naar de soort bepaalde zaken, behalve door de levering van de zojuist genoemde zaak ook een aan de verbintenis beantwoordende prestatie kan ontvangen door levering van andere zaken.

Volgens de huidige tekst heeft het artikel een beperkte reikwijdte. Het lijkt me aan te bevelen de werkingssfeer van de regeling uit te breiden door in de tekst uitdrukkelijk op te nemen dat de bepaling

<sup>841</sup> Zie over de samenloop van verkoop en verhuur Van Velten, monografie, blz. 89-90.

<sup>842</sup> Asser-Hartkamp I, no. 642; zie ook art. 4.3.1.10a.

niet alleen geldt voor de botsende rechten op levering van een prestatie, maar dat de bepaling van toepassing is op iedere botsing van persoonlijke rechten terzake van een prestatie die maar eenmaal kan worden nagekomen. Waarom wel een uitdrukkelijke regeling voor de dubbele verkoop van een huis, maar niet voor de dubbele verhuur van een huis,<sup>843</sup> het tweemaal verlenen van exclusieve licentierechten (vgl. Pres. rb. Leeuwarden 6 maart 1984) of het aanstellen van een alleen-importeur terwijl de overeenkomst met de huidige alleen-importeur nog niet is beëindigd (vgl. Pres. rb. Haarlem 7 februari 1985).<sup>844</sup> Nu zegt de Memorie van Toelichting (kamerstuk 17496, nr. 3, blz. 49) wel dat een mogelijke analoge toepassing van de bepaling mogelijk is,<sup>845</sup> maar de wetstekst en niet de toelichting heeft verbindende kracht.

Al met al zou ik willen voorstellen:

1. art. 3.11.2a zodanig te redigeren dat de bepaling toepasselijk is op iedere botsing van persoonlijke rechten terzake van een prestatie die maar eenmaal nagekomen kan worden;

2. gaat het om een rechtsfeit dat in een der openbare registers is in te schrijven, dan geldt het systeem van de Vormerkung zoals hierboven beschreven;

3. in andere gevallen moet een onderscheid gemaakt worden:

a. of al uitvoering gegeven is aan de overeenkomst met een der schuldeisers, in welk geval de andere schuldeiser(s) genoeg moet(en) nemen met schadevergoeding, tenzij het uitvoering geven aan de overeenkomst een onrechtmatige daad opleverde waarbij als schadevergoeding in natura de betrokkene alsnog verkrijgt waar hij recht op heeft,<sup>846</sup> en

b. als nog niet uitvoering gegeven is aan een van de overeenkomsten, dan moet bepaald worden dat de tweede aanvankelijk onwetende schuldeiser onrechtmatig handelt jegens de eerste schuldeiser, indien hij, nadat hij de wetenschap omtrent het dubbel contracteren verkreeg, nakoming van de overeenkomst wenst en niet bereid is met schadevergoeding genoeg te nemen, tenzij uit de wet, de aard van de rechten of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid het tegendeel blijkt.<sup>847</sup>

Met nadruk wil ik opmerken dat het onder 3b genoemde geen geldend recht is en volgens de huidige teksten ook onder het komend recht geen gelding zal hebben. Er geldt nu (en straks, tenzij mijn voorstel aangenomen wordt) dat als koper C pas na het sluiten van de koop met

<sup>843</sup> Zie de rechtspraak bij Asser-Beekhuis I, no. 32.

<sup>844</sup> De beide laatstgenoemde uitspraken zijn, voorzover ik weet, niet gepubliceerd; Hoyng, blz. 85, verwijst ernaar.

<sup>845</sup> Zie Asser-Hartkamp I, no. 642, Hof Amsterdam 21 mei 1953, NJ 1954, 578 en Pres. rb. 's-Hertogenbosch 14 juni 1983, KG 1983, 208. Vgl. ook HR 10 juni 1938, NJ 1939, 411; Rb. Middelburg 27 december 1950, NJ 1952, 270; Hof Arnhem 17 november 1954, NJ 1955, 229; Hof Leeuwarden 23 oktober 1963, NJ 1965, 414; Hof Amsterdam 20 maart 1969, NJ 1969, 288; Pres. rb. Rotterdam 26 februari 1981, KG 1981, 13; Pres. rb. Alkmaar 7 december 1982, KG 1983, 1; Onrechtmatige Daad, no. III-32; beantwoording rechtsvraag 9 door P.A. Stein in *Ars Aequi* 1969, blz. 251 e.v. en H.L. Wedeven, *Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten*, WPNR 5018 (1968).

<sup>846</sup> Pres. rb. 's-Hertogenbosch 14 maart 1985, NJ 1985, 917.

<sup>847</sup> Vgl. Hoyng, blz. 87-88.

verkoper A ontdekt dat er ook nog een koper B is, wiens overeenkomst eerder gesloten is, dat C voor zijn eigen belangen mag opkomen en niet op grond van juridische (misschien wel ethische) normen B de uitvoering van zijn koopovereenkomst hoeft te laten. Zolang iemand zich niet op voorrang kan beroepen, staan persoonlijk gerechtigden gelijk in de uitoefening van hun recht.<sup>848</sup>

In het hierbovenstaande is kritiek uitgeoefend op de huidige formulering van art. 3.11.2a, toch mag niet uit het oog verloren worden dat de bepaling ook in de huidige formulering een vooruitgang ten opzichte van het huidige recht betekent.

Zo rees onder het huidige recht de vraag of de regeling van het voorkeursrecht van de pachter in de artt. 56a e.v. Pachtwet ook van toepassing is ingeval van vervreemding van een verpacht goed ingevolge een legaat. Bij arrest van 8 april 1983, NJ 1984, 159 heeft de Hoge Raad deze vraag bevestigend beantwoord nu in art. 56a "vervreemding" is gedefinieerd als "overdracht van eigendom of vestiging of overdracht van een zakelijk recht" en derhalve als een zakenrechtelijke handeling, los gezien van de rechtshandeling die de rechtsgrond voor die zakenrechtelijke handeling in het leven roept. A.G. Biegman-Hartogh merkte in haar conclusie voor deze uitspraak nog ten overvloede op -het geval deed zich niet voor- op, dat ook als het betreft een legaat van verpachte grond zonder de last tot inbreng van de waarde, het voorkeursrecht uitgeoefend kan worden. De op de erfgenamen rustende verplichting tot afgifte van het gelegateerde zal in zo'n geval kunnen worden opgelost in die tot afgifte van de door hen van de pachter ontvangen koopsom van de grond. Zij wijst daarbij op de artt. 1275 BW, 3.8.11 en 4.4.2.5a NBW. Annotator Kleijn wijst erop dat met name het beroep op art. 1275 BW overtuigend is "temeer omdat i.c. moeilijk gesproken kan worden van overmacht, nu de erflater zich zowel het legaat als het voorkeursrecht op de hals heeft gehaald en de erfgenamen hem onder algemene titel ook in zijn verplichtingen opvolgen. Omdat beide verplichtingen (afgifte legaat en voorkeursrecht) min of meer gelijkwaardig zijn is er geen reden om aan te nemen, dat de gezamenlijke erfgenamen gedwongen zouden kunnen worden tot nakoming van het legaat, alleen op grond van het feit, dat er slechts een beperkte sanctie staat op het niet in acht nemen van het voorkeursrecht (art. 56e PW). In het algemeen kan gezegd worden dat nakoming van de ene verplichting, nakoming van de andere verplichting uitsluit, waardoor de niet-nagekomen verplichting zich oplost in schadevergoeding. Als er geen ernstige reden is, als bedoeld in art. 56e lid 2 PW, en de pachter neemt het voorkeursrecht aan, dan zal zowel legataris als pachter nakoming (met dwangsom) kunnen vragen en ook dan lijkt het een kwestie wie het eerste is. Met name lijkt het mij niet in het huidige recht te passen om aan te nemen, dat de rechter de eis tot nakoming van de legataris zou kunnen afwijzen met het beroep op het voorkeursrecht van de pachter, als er geen sprake is van spanning tussen verpachter en legataris om de rechten van de pachter te frustreren (zoals bijv. in HR 18 juni 1971, NJ 1971, 408, Bruurs-

<sup>848</sup> Vgl. Kleijn, preadvies KNB 1985, blz. 52, die terecht opmerkt dat het betoog dat C geen nakoming mag eisen als hij weet dat B een groter belang bij nakoming heeft alleen maar opgaat als gezien de concursus creditorum ook het omgekeerde zou gelden! Voor zakelijke rechten die met elkaar in botsing komen bepaalt art. 3.1.2.4a dat het oudste recht voorgaat.



Hagen)."

Als art. 3.11.2a ingevoerd zal zijn ontstaat een geheel andere situatie. Het recht op levering krachtens een voor het overlijden gesloten pachtovereenkomst op grond van art. 56a e.v. PW is ouder dan het recht van de legataris dat pas door en bij overlijden ontstaat, zodat de voorkeursgerechtigde door gebruik te maken van het verleende voorkeursrecht het gepachte in eigendom kan verwerven.<sup>849</sup>

### 10.3.5 Reelexecutie bij de plicht tot feitelijk doen of nalaten

Art. 3.11.3 NBW<sup>850</sup> is te zien als de opvolger van de huidige artt. 1276 en 1277 BW. De bepalingen stemmen vrijwel overeen, al wordt enige verduidelijking in de tekst aangebracht; daarmee is niet beoogd inhoudelijk af te wijken. Een voorbeeld van zo'n verduidelijking is dat niet langer over de schuldeiser en de schuldenaar gesproken wordt, zodat door de ruimere omschrijving vaststaat dat het artikel ook buiten het verbintenissenrecht toepassing kan vinden. Buiten twijfel is nu dat het hier een vordering tot nakoming van de primair verschuldigde prestatie en niet een vordering tot schadevergoeding betreft. Daarnaast wordt door deze nieuwe bepaling, anders dan voor art. 3.11.2 geldt, buiten twijfel gesteld dat de gerechtigde ook zelf kan optreden en niet steeds de hulp van een derde moet inroepen. Ook de discretionaire bevoegdheid van de rechter om de gevraagde machtiging al dan niet te verlenen komt duidelijker in de voorgestelde tekst naar voren. Uit het woordje "kan" mag afgeleid worden dat de rechter volledig rekening kan houden met de aard van de verplichting, die een hoogst persoonlijk karakter kan dragen, en met het feit of de verplichte door de machtiging onredelijk benadeeld wordt.

Een verbetering biedt het derde lid door uit te spreken dat de kosten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de machtiging, ten laste komen van degene die zijn verplichting niet is nagekomen en dat de uitspraak waarin de machtiging verleend is tevens de voldoening van deze kosten op vertoon van de daartoe nodige, in de uitspraak te vermelden bescheiden kan gelasten. Daarmee is buiten twijfel gesteld dat de uitspraak waarin de machtiging gegeven werd, een executoriale titel voor de te maken kosten oplevert en dat daartoe geen nieuwe uitspraak benodigd is en de staatprocedure van de artt. 612-615b NRv. niet hoeft te worden gevolgd. Dit is een vorm van toewijzing die het midden houdt tussen de begroting van de schadevergoeding in het veroordelend vonnis en de veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat (vgl. art. 612 NRv.). Hoewel niet over voorschotbetalingen gerept wordt, valt voor mij niet in te zien waarom de executant de uitvoering van de machtiging moet voorfinancieren, zodat m.i. bij het vorderen van de rechterlijke machtiging tevens een voorschot op de kosten van uitvoering te verrekenen met de uiteindelijke kosten blijkens de in

<sup>849</sup> Vgl. ook A.W.P.M. Gijsselhart, Botsing recht op levering uit koop met een eerder verleend recht van eerste koop, Adv.bl. 1984, blz. 88-91.

<sup>850</sup> PG boek 3, blz. 897-899; Asser-Hartkamp I, no. 352, 411, 638 e.v.; Brahn, blz. 266; Hijma, blz. 224-225; H. Stein, Adv.bl. 1981, blz. 470; dez., Goed beslagen, blz. 57-59, 68-69; dez., Modellen van NBW betekeningsexploiten, Adv.bl. 1984, blz. 137-140; model A; De Vries, blz. 27-29.

de uitspraak te vermijden bescheiden, kan worden opgeëist. Moet de schuldeiser gezien dit derde lid bij het doen uitvoeren van de verbintenis de belangen van de schuldenaar in het oog houden? Binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid mag dit zeker aangenomen worden. Omstreden is of het recht op vergoeding der kosten toekomt aan de schuldeiser, ongeacht of de schuldenaar tot schadevergoeding gehouden is<sup>851</sup> of niet.<sup>852</sup> Het betoog van Blaauw, blz. 16 heeft m.i. ook de Hoge Raad overtuigd. Zo meen ik althans de uitspraak van 7 mei 1982, NJ 1983, 478 te mogen opvatten, want buiten twijfel wordt gesteld dat het ontbreken van een rechterlijke machtiging niet in de weg staat aan de ontvankelijkheid van een vordering tot schadevergoeding tot het beloop van de door de schuldeiser gemaakte kosten.<sup>853</sup> Mogelijk wel een verandering is dat art. 3.11.3, evenals art. 3.11.2, slechts op feitelijke handelingen slaat en dat art. 3.11.4. exclusief van toepassing is op het verrichten van rechtshandelingen. Een beperking tot alleen feitelijke handelingen heb ik echter niet in de artt. 1276 en 1277 BW kunnen vaststellen, ook de wetsgeschiedenis wijst hier niet op. Meestal wordt echter aangenomen dat de beide bepalingen alleen op feitelijke handelingen slaan (vgl. par. 3.3.3). Aangezien de bepaling duidelijk op de vordering tot nakoming en niet op die tot schadevergoeding slaat, staat vast dat aan de vordering geen ingebrekestelling vooraf hoeft te gaan. Daarbij lijkt het mij onverschillig te zijn of de schuldeiser vordert de veroordeling van de schuldenaar tot nakoming van zijn verbintenis en machtiging om zelf die verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar, voor het geval deze niet of niet binnen zekere in het vonnis bepaalde tijd aan de uitspraak voldoet, of alleen een machtiging vraagt om bij niet-nakoming door de schuldenaar van zijn verplichtingen de verbintenis op diens kosten uit te voeren, zonder dat een uitdrukkelijke veroordeling tot nakoming gevorderd wordt. Evenals bij de artt. 1276 en 1277 BW moet ook hier worden aangenomen dat de bepaling slechts betrekking heeft op prestaties die ook door een ander dan de schuldenaar verricht kunnen worden, dat het alle gevallen van niet-nakoming inclusief het niet-behoorlijk nakomen van de verbintenis betreft, en dat het niet een regel van dwingend recht betreft. Wat dit laatste betreft kan er op gewezen worden dat bij overeenkomst de bepaling buiten toepassing kan worden verklaard, hetzij doordat een machtiging niet gevraagd mag worden, hetzij doordat een machtiging niet gevraagd hoeft te worden. Dat ook de wet zo'n regel kan inhouden blijkt uit de artt. 7.1.3.2 lid 3 en 7.4.2.4 lid 3 voor respectievelijk consumentenkoop en huur. Vgl. ook art. 7.10.5.17 inzake herstel van dienstbetrekking. Moet de schuldeiser steeds een rechterlijke machtiging hebben om hetgeen de schuldenaar in strijd met zijn rechtsplicht niet c.q. wel verricht zelf te bewerkstelligen c.q. teniet te doen? Het lijkt me niet. In overeenstemming met wat naar huidig recht geldt, zal ook hier aangenomen mogen worden dat als de schuldenaar toerekenbaar tekortschiet (en zonodig in verzuim is) de schuldeiser de prestatie door een derde kan laten bewerkstelligen c.q. teniet doen (of dat de schuldeiser zelf optreedt) en de kosten als ver-

<sup>851</sup> Asser-Hartkamp I, no. 644.

<sup>852</sup> Blaauw, blz. 15 e.v.; Brunner onder HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478.

<sup>853</sup> Zie ook de jurisprudentie en literatuur genoemd door Brunner, blz. 1529 rk.

vangende schadevergoeding aan de schuldenaar in rekening brengt.<sup>854</sup> Zou de schuldeiser echter de grond van de schuldenaar moeten betreden en verzet deze zich daartegen, dan zal de schuldeiser een rechterlijke machtiging moeten vragen. Een bijzondere machtiging om bijv. juist de grond van de schuldenaar te mogen betreden, heeft ook niet in de uitspraak opgenomen te worden nu die bevoegdheid al uit art. 430 Nrv. voortvloeit.

P.A. Stein, Compendium blz. 253-254, meent dat de artt. 3.11.3 en 4 NBW vermoedelijk vaak zullen tekortschieten, aangezien de meeste verbintenissen te ingewikkeld zouden zijn om door een ander dan de schuldenaar te worden verricht, maar dat dit geen probleem zal vormen nu er zijdelingse dwangmiddelen als lijfswang en dwangsom voorhanden zijn. Naar mijn mening is het nog te vroeg om al de conclusie te trekken dat de artt. 3.11.3 en 3.11.4 niet zullen voldoen; m.i. zal in principe de verbintenis zich in de regel wel voor uitvoering door een ander lenen en zal bij persoonlijke prestaties, etc. een uitzondering aangenomen moeten worden.

### 10.3.6 De verplichting tot het verrichten van een rechtshandeling

Blijkens de Toelichting op deze bepaling<sup>855</sup> wordt, in afwijking van het BW, een algemene regeling gegeven voor het geval iemand jegens een ander gehouden is een rechtshandeling te verrichten. Daarmee wordt de lijn weer opgevat die ook op diverse plaatsen door ons Oud-Vaderlands recht liep (par. 2.2 en 2.3) en in de artt. 78 en 550 Ontwerp 1920 te vinden was. Voor het totstandkomen van een rechtshandeling is de wil van de schuldenaar nodig welke wilsverklaring niet door een deurwaarder of politie-agent verschaft kan worden (artt. 3.2.2 en 6.5.1.1 NBW). De weg van art. 3.11.2 NBW kan daarom in de regel niet gevolgd worden, zodat een aparte wetsbepaling nodig is om de schuldeiser datgene te verschaffen waarop hij recht heeft.<sup>856</sup> Daartoe is art. 3.11.4 opgenomen, de rechterlijke voorziening. Geheel nieuw is de bepaling niet nu we in het BW op enkele plaatsen al een toepassing van dit beginsel aantreffen, o.a. de artt. 1217 lid 3 en 1239 BW en 318 lid 2 K. Op grond van o.a. deze bepalingen wordt wel

<sup>854</sup> Vgl. HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478.

<sup>855</sup> PG boek 3, blz. 899-901; wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT, blz. 49, nr. 9, VV II, blz. 25, nr. 10, MvA II, blz. 73; Asser-Hartkamp I, no. 638 e.v., Asser-Hartkamp II, no. 219 en 408; Brahn, Zwaartepunten blz. 96 e.v. en monografie Nieuw BW B 6b, no. 4; J.J.A. de Groot, Overdracht van onroerende zaken onder het NBW, in: Ars Notariatus XXXII, Amsterdam/Deventer 1985, blz. 91 e.v.; Hijma, blz. 224-226; Mijnsen, preadvies KNB 1983, blz. 27-28; H. Stein, Adv.bl. 1981, blz. 470; dez., Adv.bl. 1984, blz. 137-140: modellen B-D; dez., Goed beslagen, blz. 57-58, 70-71; P.A. Stein, WPNR 5652 (1983); Van Velten, WPNR 5672 (1983); dez., Monografie Nieuw BW, no. 29.

<sup>856</sup> In de gevallen waarin de afgifte van het goed tevens de juridische levering inhoudt, kan art. 3.11.2 wel van toepassing geacht worden nu dit artikel aan de reële executie van een afgifteverplichting dezelfde rechtsgevolgen toekent als aan een vrijwillige nakoming! Vgl. Hijma en Olthof, no. 90; De Vries, blz. 30; contra: Asser-Hartkamp I, 641.

verdedigd dat er een ongeschreven hoofdregel bestaat (vgl. par. 4.2.2), maar deze visie is niet algemeen aanvaard. Daarom is het van belang dat deze hoofdregel uitdrukkelijk in de wet wordt opgenomen.<sup>857</sup> De mogelijkheid van reële executie bij de vestiging van hypotheek of bij de doorhaling van een inschrijving in de openbare registers, berust dan niet meer op afzonderlijke wetsbepalingen maar op de algemene regeling van art. 3.11.4 NBW. Art. 3.11.4 lid 2 stemt echter niet volkomen overeen met art. 318 lid 2 K, aangezien een uitdrukkelijke beslissing van de rechter moet worden gevraagd en gegeven in geval van art. 3.11.4, terwijl art. 318 K (en ook de artt. 8.3.2.10 en 8.8.2.11) bepaalt dat onder akte een in kracht van gewijsde gegaan vonnis houdende de veroordeling tot levering begrepen is.

Aan de rechter is binnen bepaalde grenzen een discretionaire bevoegdheid toegekend zodat het hem vrijstaat om al dan niet van de hier geboden mogelijkheid gebruik te maken. Twee grenzen zijn getrokken: de gerechtigde moet een vordering hiertoe doen en de aard van de rechtshandeling mag zich er niet tegen verzetten dat zij tot stand komt bij rechterlijke uitspraak of door middel van een door de rechter benoemde vertegenwoordiger. Wat dit laatste betreft wordt volgens de Memorie van Antwoord II (PG boek 3, blz. 901) gedacht aan verplichtingen tot het uitbrengen van een bindende partijbeslissing of een bindend advies.<sup>858</sup> Dat de rechter van de toegekende bevoegdheid een weloverwogen gebruik zal moeten maken, spreekt vanzelf.

In het eerste lid wordt gesproken over het verrichten van een rechtshandeling. Men zou zich kunnen afvragen of het niet beter zou zijn te spreken van het afgeven van een wilsverklaring. Immers het afleggen van een wilsverklaring die er toe strekt tezamen met de wilsverklaring van een ander een rechtshandeling in het leven te roepen, kan op zichzelf niet altijd betiteld worden als het verrichten van een rechtshandeling. Hoewel het bij de toepassing van dit artikel inderdaad zal gaan om dit soort wilsverklaringen, is het toch beter om in het artikel vast te leggen dat het gaat om het verrichten van een rechtshandeling. Men kan namelijk zo'n wilsverklaring als een rechtshandeling betitelen, zij het echter als een die slechts het beperkte gevolg heeft dat tezamen met een of meer andere wilsverklaringen de rechtshandeling waar het partijen om te doen is tot stand gebracht wordt. Waar bij de huidige redactie van de bepaling duidelijkheid bestaat: het betreft de verplichting tot het afleggen van een wilsverklaring die op het totstandbrengen van de betreffende rechtshandeling is gericht, zou bij een formulering als "het afgeven van een wilsverklaring" misverstand kunnen ontstaan. Een (wils-)verklaring hoeft niet gericht te zijn op het tot stand komen van een rechtshandeling.<sup>859</sup> Op verklaringen waarbij dit niet het geval is hoort dit artikel geen betrekking te hebben.

Op grond van art. 3.11.4 bestaan drie mogelijkheden:

<sup>857</sup> In andere landen als de BRepD (par. 894 ZPO), Oostenrijk (par. 367 Exekutionsordnung) en Italië (art. 2932 CCI) bestaat wel de mogelijkheid dat het vonnis in de plaats treedt van de achterwege gebleven wilsverklaring.

<sup>858</sup> Zie ook par. 7.4.4 waar ik hetzelfde betoog.

<sup>859</sup> PG 3, blz. 900 noemt als voorbeeld dat een huurder zich tegenover iemand die hem graag als huurder zou willen opvolgen verplicht heeft mee te delen of hij al dan niet de huur zal opzeggen.

- de rechterlijke uitspraak heeft dezelfde kracht als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is ("vonnis vervangt wilsverklaring");<sup>860</sup>

- de handeling zal verricht worden door een door de rechter aan te wijzen vertegenwoordiger ("dwangvertegenwoordiger"), of

- de rechter kan in de gevallen dat gedaagde gezamenlijk met eiser een akte moet opmaken, bepalen dat zijn uitspraak in de plaats van de akte of een deel daarvan zal treden ("vonnis vervangt akte").

De beide eerste mogelijkheden zijn terug te vinden in lid 1, de laatstgenoemde mogelijkheid in lid 2.

Het voorbeeld van een door de rechter aan te wijzen dwangvertegenwoordiger is de onzijdig persoon zoals die voorkomt in art. 1117 BW en art. 3.7.1.10 NBW. Van de mogelijkheid om een dwangvertegenwoordiger aan te wijzen zal de rechter met name gebruik maken in de gevallen dat de inhoud van de rechtshandeling nog nadere uitwerking behoeft zodat niet volstaan kan worden met te bepalen dat het vonnis in de plaats treedt van een voor de totstandkoming van de rechtshandeling benodigde akte. Zo worden in de regel bij de vervulling van de verplichting om een koopovereenkomst van onroerend goed aan te gaan nog bijkomende verplichtingen van partijen vastgesteld. Het kan dan gewenst zijn dat de rechter met de door de dwangvertegenwoordiger te verrichten handeling(en) instemt. In de tweede zin van het eerste lid is daarom de mogelijkheid opgenomen dat de rechter bepaalt dat de door de dwangvertegenwoordiger te verrichten handeling zijn goedkeuring behoeft.

Een ander geval waarin de rechter gebruik kan maken van de mogelijkheid om een dwangvertegenwoordiger te benoemen zal zich voordoen bij de weigering van een der echtgenoten om medewerking te verlenen aan verkoop van de tot de huwelijksgoederengemeenschap behorende echtelijke woning. Op grond van art. 1: 88 lid 2 BW<sup>861</sup> kan de kantonrechter de benodigde toestemming verlenen. Daarnaast kan ex art. 3.11.4 NBW een dwangvertegenwoordiger aangewezen worden.<sup>862</sup>

Art. 3.7.1.12 lid 2 NBW noemt een ander geval van rechterlijke goedkeuring van handelingen verricht door een dwangvertegenwoordiger: de verdeling van een gemeenschap die verricht wordt door een daartoe door de rechter benoemde vertegenwoordiger behoeft de goedkeuring van de kantonrechter.

Dat de rechterlijke uitspraak in de plaats treedt van de af te leggen wilsverklaring blijkt voor het huidige recht uit de artt. 1217 lid 3, 1239 BW, 624 en 696 Rv. Dat het vonnis de akte kan vervangen blijkt uit de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K, 59 lid 1 Onteigeningswet en 42 lid 3 Octrooiwet. In het nieuwe recht worden al deze aparte bepalingen door art. 3.11.4 overbodig gemaakt.

Het rechterlijk vonnis zal de akte of een deel ervan vervangen in de gevallen dat de gedaagde verplicht is al dan niet tezamen met de eiser een akte op te maken. Dit zal efficiënter zijn dan alleen de verklaring van de gedaagde te doen vervangen. Het begrip akte omvat de authen-

<sup>860</sup> Bedacht moet worden dat er meer gebeurt dan het vervangen van de wilsverklaring. De rechter houdt zich ook bezig met de vorm, etc.

<sup>861</sup> Lid 5 als het zesde gedeelte van de Invoeringswetgeving NBW Boeken 3, 5 en 6 in werking zal zijn getreden (Vgl. wetsontwerp 17.725).

<sup>862</sup> Vgl. Pres. rb. Haarlem 22 juli 1986, KG 1986, 349.

tieke akte en speciaal de notariële akte. In de hier aan de orde zijnde gevallen wordt de akte door partijen opgemaakt. Het is een partijakte die ten overstaan van en niet door de notaris opgemaakt wordt (vgl. art. 1905 BW). Door bij wetsontwerp 17.496 te bepalen dat de rechterlijke uitspraak ook een deel van de akte kan vervangen is het mogelijk dat van de verklaring van de eiser een akte wordt opgemaakt en dat de rechterlijke uitspraak in de plaats treedt van de verklaring van de gedaagde. Overigens ieder der partijen kan de inschrijving in de openbare registers bewerkstelligen (art. 3.4.2.4 NBW). Dat in de rechtspraktijk veel gebruik gemaakt zal worden van de geboden mogelijkheid om een vonnis in de plaats te stellen van een op te maken akte, betwijfel ik. In dergelijke gevallen is de rechtstitel bij de verkrijging niet door een notaris op zijn deugdelijkheid onderzocht, want dat de rechter deze taak zal overnemen, valt te betwijfelen. Ik neem aan dat het achterwege blijven van dit onderzoek een te groot nadeel gevonden zal worden en dat eerder de voorkeur gegeven zal worden aan de mogelijkheid dat de rechter een dwangvertegenwoordiger benoemt die de onwillige schuldenaar bij het opmaken van de akte zal vertegenwoordigen.<sup>863</sup> In dat geval is het gewenst om ook executoriaal beslag te kunnen leggen, wat niet nodig is als de akte vervangen wordt door een vonnis aangezien de overschrijving van het vonnis in het openbare register de eigendomsoverdracht inhoudt.<sup>864</sup>

Aangezien de rechter een discretionaire bevoegdheid bezit en derhalve niet verplicht is het gevorderde toe te wijzen, verdient het aanbeveling om de verschillende mogelijkheden naar volgorde van voorkeur samen met het niet in art. 3.11.4 genoemde indirecte executiemiddel van de dwangsom te vorderen. Daarbij moet in het oog gehouden worden dat als de te vervangen rechtshandeling naar haar aard niet voor vervanging vatbaar is, bijv. een persoonlijke prestatie inhoudt, geen van de drie in dit artikel genoemde mogelijkheden een oplossing kan bieden. Kan de te vervangen rechtshandeling zonder een akte op te maken worden verricht, dan zal wel een dwangvertegenwoordiger benoemd kunnen worden, maar zal een rechterlijke uitspraak de rechtshandeling niet kunnen vervangen (bijv. de medewerking tot het aanwijzen van een bindend adviseur). In feite zullen de drie verschillende mogelijkheden slechts aan bod komen als de te vervangen rechtshandeling in de vorm van een akte verricht moet worden, zoals bij de eigendomsoverdracht van registergoederen of de vestiging van zakelijke rechten daarop.

Door het opnemen van art. 3.11.4 wordt -eindelijk- de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van art. 671 BW, die vanaf 23 juni 1899, W 7302 de vervanging van de in dat artikel bedoelde akte door een vonnis niet geoorloofd achtte, ter zijde gesteld. Ook dit is een belangrijke stap. Het is en blijft vreemd dat waar deze mogelijkheid wel bestaat voor schepen (art. 318 lid 2 en 757 lid 2 K) en vliegtuigen (art. 6 WTL), deze mogelijkheid niet bestaat/bestond voor de koper van onroerend goed.<sup>865</sup>

<sup>863</sup> Vgl. Heuff, no. 8; Stein, WPNR 5616 (1982) en Van Velten, WPNR 5672 (1983).

<sup>864</sup> Net zo H. Stein, Adv.bl. 1981, blz. 471.

<sup>865</sup> Vgl. mijn Levering onroerend goed nu al reeel executabel?, WPNR 5624 (1982).

Art. 3.11.4 heeft voornamelijk betekenis in gevallen dat de verkoper niet wil leveren en de koper aandringt op levering. De kort gedinguitspraak van de Bredase rechtbankpresident van 30 september 1985, KG 1985, 319 illustreert dit. In zo'n geval zou een beroep op art. 3.11.4 NBW jo Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 1981, NJ 1981, 523 weinig zinvol zijn: daarmee zou de curator wel de eigendomsoverdracht van het onroerend goed bewerkstelligd hebben, maar nog niet in het bezit van de koopsom gekomen zijn. (De verkoper zal het er uiteraard om te doen zijn de koopsom te ontvangen en pas daarna de eigendoms-overdracht te realiseren). Noch de curator noch de hypotheekbank zouden daarmee veel geholpen zijn. In casu was het juist zaak om met dwangsommen de koper te dwingen de koopsom alsnog onder de notaris te brengen.

Nu in art. 3.11.4 de mogelijkheid geboden wordt om in plaats van een transportakte een rechterlijk vonnis over te doen schrijven in de openbare registers, is een afzonderlijk executoriaal beslag naast het conservatoire beslag van de artt. 730-737 NRv. overbodig.

De afstand van beperkte rechten op goederen is, evenals de levering en de vestiging van dit soort rechten, een meerzijdige rechtshandeling (vgl. art. 3.4.2.11 NBW). Waar de vestiging van een beperkt recht gezien moet worden als het overdragen van een recht dat in beperkte omvang soortgelijke bevoegdheden als de eigendom verschaft, en een belasting vormt van het eigendomsrecht dat in beginsel blijft bestaan, is de afstand te kenschetsen als de teruglevering aan de hoofdgerechtigde waardoor het beperkte recht weer opgenomen wordt in het hoofdrecht en daarmee als apart recht teniet gaat.

Er zijn gevallen denkbaar dat de beperkt gerechtigde afstand wil doen van zijn recht: de lasten zijn zo hoog opgelopen dat zij de lusten overtreffen of de beperkt gerechtigde heeft geen enkel voordeel meer maar wel de nadelen van zijn recht, terwijl de hoofdgerechtigde daar niet aan mee wil werken. Weliswaar houden de artt. 3.8.21a (vruchtgebruik), 5.5.6. (overdracht aandeel in mandeligheid) en 5.6.8c (erfdienstbaarheden) de verplichting in dat de hoofdgerechtigde gehouden is mee te werken aan de afstand, maar soms zal deze botweg weigeren.<sup>866</sup> Blijft de hoofdgerechtigde volharden in zijn weigering, dan zal dit niet tot problemen leiden. Art. 3.11.4 lid 2 biedt een oplossing: de beperkt gerechtigde kan zich tot de rechter wenden en deze verzoeken zijn uitspraak reeel executabel te maken. Honoreert de rechter dit verzoek, dan kan de beperkt gerechtigde in plaats van de niet opgemaakte akte van afstand het rechterlijk vonnis in de registers laten inschrijven om van zijn beperkte recht (in feite plicht) bevrijd te worden.<sup>867</sup> Tevens mag eraan herinnerd worden dat voor de levering een akte geest wordt wanneer het registergoederen (art. 3.4.2.4 lid 1 jo lid 4), vorderingsrechten op naam (art. 3.4.2.7 lid 1), vorderingsrechten aan toonder en order waarvan het papier niet in de macht van

<sup>866</sup> Vgl. ook de artt. 3.5.15a (overdracht i.p.v. vergoeding); 3.7.1.8a lid 2 (rechtspositie verkrijger aandeel), 6.1.5.4 lid 2 (ongedaanmaking verrichte prestaties) en 6.4.2.6a (afstand recht op terugvordering).

<sup>867</sup> Gezien art. 5.6.8c lid 2 mag in de vestigingsakte bepaald zijn dat gedurende 20 jaar de afstand van de erfdienstbaarheid onmogelijk is. In een dergelijk geval kan art. 6.5.3.11 mogelijk een oplossing bieden; deze bepaling is op grond van art. 6.5.3.2a dwingend recht.

de schuldenaar-vervreemder is (art. 3.4.2.6 jo 7 lid 1), roerende zaken, niet-registergoederen voorzover niet in de macht van de schuldenaar-vervreemder (art. 3.4.2.5 lid 1 jo 3.4.2.7a) en aandelen in en beperkte rechten op de hiervoor genoemde goederen (art. 3.4.2.7b en 3.4.2.11) betreft. Daarnaast kan op grond van art. 6.5.3.4 lid 2 een beding waarbij een kwalitatieve verbintenis in het leven geroepen wordt, in de openbare registers worden ingeschreven, mits het is neergelegd in een notariële akte. Elk van beide partijen is verplicht aan deze akte mee te werken. In al deze gevallen kan op grond van art. 3.11.4 de vereiste akte vervangen worden.

Geen bepaling wordt in titel 11 van boek 3 NBW gewijd aan de schending van een verplichting tot het nalaten van een rechtshandeling. Dergelijke verplichtingen kunnen in de regel niet afgedwongen worden en er zal slechts schadevergoeding in geld resteren. Een uitzondering bevat art. 3.2.11, de actio pauliana; in de daarbedoelde gevallen kan vernietiging van de rechtshandeling plaats vinden en daarmee krijgt de schuldeiser waar hij recht op heeft.

### 10.3.7 Inschrijving uitspraak c.q. rechtsmiddel in openbare registers

In art. 3.11.4a worden enige nadere eisen gesteld aan de uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat deze in de plaats treedt van (een deel van) een levering van een registergoed bestemde akte.<sup>868</sup> Inschrijving in de openbare registers is slechts mogelijk als de uitspraak aan degene die tot de levering veroordeeld werd, betekend is en hetzij in kracht van gewijsde gegaan is, hetzij uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en een termijn van veertien dagen, of zoveel korter of langer als in de uitspraak is bepaald, sedert de betekening van de uitspraak verstreken is. De eis van betekening aan degene die tot de levering werd veroordeeld, volgt impliciet uit art. 430 lid 3 NRv., waar bepaald is dat geen executoriale titel tenuitvoer gelegd kan worden dan na betekening aan de partij tegen wie de executie zich zal richten. Door deze eis ook in art. 3.11.4a op te nemen wordt buiten twijfel gesteld dat de betekening noodzakelijk is. Achtergrond van de betekening is dat de veroordeelde over de uitspraak beschikt en weet waar hij aan toe is; immers bij de levering van registergoederen zal het vaak voorkomen dat de veroordeling een voorwaardelijk karakter draagt. Zo zal levering in de regel pas plaats hoeven te vinden als de tegenprestatie (vaak de koopsom) voldaan is. Daarnaast is nog enige tijd nodig voor de effectuering. We hoeven er maar aan te denken dat de rechterlijke uitspraak inhoudt dat zij in de plaats treedt van de akte vanaf het moment dat de koopsom zich in handen van de verkoper of een door de rechter aangewezen derde bevindt. Inschrijving in het openbare register is mogelijk als de uitspraak in kracht van gewijsde gegaan is of als deze uitvoerbaar bij voorraad verklaard is. Het probleem is echter dat het in de praktijk vaak moeilijk met zekerheid vast te stellen is of de uitspraak al in kracht van gewijsde gegaan is.<sup>869</sup>

<sup>868</sup> Zie wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT, blz. 49-52, nr. 9, VV II, blz. 25 nr. 10, MvA II, blz. 73; Asser-Hartkamp I, no. 641.

<sup>869</sup> Vgl. de toelichting op de artt. 3.1.2.2 lid 1 sub e, 3.1.2.9 en 3.1.2.10a; wetsontwerp 17.496, nr.3, MvT, blz. 15 en 19-22, nr. 9, VV II, blz. 1-3 en 6; nr. 10, MvA II, blz. 5-8 en 13-14.



Dat de in art. 3.11.4a opgenomen versoepeling tevens een vermindering van de rechtszekerheid tot gevolg heeft, zal op de koop toe genomen moeten worden. Wel is vastgehouden aan de eis van kracht van gewijsde, waarvoor in het tweede lid nog enkele specifieke voorschriften opgenomen zijn, want bij de veroordeling tot levering zal de inschrijving van de rechterlijke uitspraak de rechtsovergang tot gevolg hebben, zonder dat de veroordeelde nog enige medewerking hoeft te verlenen. Anders zou een situatie ontstaan waarbij de veroordeelde ernstig benadeeld zou kunnen worden: door de inschrijving met daarop volgende rechtsovergang is hij niet langer de gerechtigde (soms zelfs zonder dat hij dit weet, omdat de betekening niet in persoon hoeft te geschieden), zodat hij bepaalde handelingen niet langer mag en kan verrichten, wat een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) of een onrechtmatige daad kan opleveren. Ook dient vast te staan of hij zijn (vermeende) rechten al dan niet kan handhaven.

In het tweede lid wordt als tegenwicht bepaald dat verzet, hoger beroep en cassatie op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen acht dagen na het instellen van het rechtsmiddel in de registers bedoeld in de artt. 85 en 433 Rv. ingeschreven moeten worden. Daarmee wordt een aan de artt. 3.1.2.9 lid 2 en 3.1.2.10a lid 3 NBW verwante eis gesteld.

Is de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaard dan is inschrijving in beginsel mogelijk. Dit strookt volledig met de eisen van de praktijk. Sterker nog, zou deze mogelijkheid niet bestaan dan zou dat als een belangrijke ommissie moeten worden beschouwd! Het belang van de eiser bij de totstandkoming van een levering zonder enig uitstel kan groot zijn. We hoeven slechts te denken aan degene die zijn huidige woonhuis verkoopt om met de opbrengst elders een nieuwe woning te kunnen betalen, want de koopsom zal pas na de levering ter beschikking komen, of aan degene die een bedrijfspand onmiddellijk nodig heeft. Blijkens een uitspraak van de Hoge Raad dd. 2 december 1966, NJ 1967, 353 is het naar huidig recht mogelijk een veroordeling tot medewerking aan de leveringsakte op verbeurte van een dwangsom uit te lokken in kort geding. Vindt een levering plaats op grond van een dergelijke veroordeling dan is niet uitgesloten dat de levering achteraf bezien toch nog ongeldig blijkt te zijn omdat de rechter in het bodemgeschil tot een ander oordeel komt. Voor een inperking van het toepassingsgebied van art. 3.11.4 lid 2 voor de kort gedingprocedure bestaat onvoldoende grond. Wel zal de rechter die zijn veroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaart de nodige voorzichtigheid in acht moeten nemen. Zo zou aan de veroordeling de voorwaarde van zekerheidstelling verbonden kunnen worden. Er kunnen zich echter ook gevallen voordoen dat zekerheidstelling op korte termijn niet mogelijk is, maar waarbij de eiser wel groot belang heeft bij de onmiddellijke tenuitvoerlegging. De veroordeelde kan er daarentegen belang bij hebben om zich tegen de executie te verweren bijv. door bij het instellen van een rechtsmiddel tevens om toepassing van art. 54 NRV. te vragen, dan wel een executiegeschil conform art. 438 NRV. te beginnen. Daarom is gekozen voor de oplossing dat inschrijving van de uitspraak slechts mogelijk is als een bepaalde termijn, in beginsel veertien dagen, verstreken is. De rechter heeft echter de mogelijkheid om al naar de omstandigheden van het geval een kortere of langere termijn te bepalen.

Bij de tweede Nota van Wijziging (kamerstuk 17.496, nr. 11) is voorgesteld aan art. 3.11.4a een derde lid toe te voegen. In het Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer (nr. 9, blz. 25) had de kamercommissie namelijk een ommissie in het wetsontwerp ontdekt. In de Memorie van Toelichting (nr. 3, blz. 50) was opgemerkt dat een tot levering van een registergoed veroordelend vonnis meestal een voorwaardelijk karakter zal dragen. Geen regeling was daarbij echter getroffen hoe aan de hypotheekbewaarder aangetoond zou moeten worden dat de gestelde voorwaarde in vervulling gegaan was. In de Memorie van Antwoord (nr. 10, blz. 73) wordt hierop geantwoord dat aanvankelijk gemeend is dat dit aan de praktijk overgelaten zou kunnen worden en dat aan de bewaarder van de openbare registers een bewijsstuk zou moeten worden overgelegd waaruit blijkt dat de voorwaarde voor het in de plaats treden en daarmee voor de inschrijfbaarheid vervuld is. Later is dit echter onvoldoende duidelijk geoordeeld, zeker nu voor de vergelijkbare gevallen van art. 3.9.4.19 lid 2 NBW en 525 lid 2 NRv. wel een uitdrukkelijke bepaling noodzakelijk geacht werd. Daarom is nu een derde lid toegevoegd waarin bepaald is dat indien de werking van een uitspraak als bedoeld in art. 3.11.4a lid 1 door de rechter aan een voorwaarde gebonden is, de bewaarder de inschrijving van die uitspraak zal weigeren indien niet tevens een notariële verklaring of een authentiek afschrift daarvan wordt overgelegd waaruit de vervulling van de voorwaarde blijkt.

Blijkens de Memorie van Toelichting, blz. 52 wordt niet uitgesloten dat in boek 8 bijzondere regels voor de veroordeling tot levering van een schip of een vliegtuig op hun plaats blijven, zodat een afwijking van het algemene beginsel, zoals dat in dit artikel opgenomen is, te constateren zal zijn. Waar P.A. Stein in NJB 1981, blz. 431 de verwachting uitsprekt dat de artt. 8.3.2.10 en 8.8.2.11 aan de systematiek van art. 3.11.2a en de bepalingen van NRv. aangepast zullen worden nu onzekerheid bestaat wat de rechtsgevolgen van de terugwerkende kracht van de overschrijving van het vonnis in het scheepsregister zijn, bestaat er naar mijn mening (en naar die van de meerderheid in de literatuur) geen onzekerheid. Hetzelfde geldt voor vliegtuigen "... als tenminste bij de reële executie een zekere gelijkvormigheid van betekenis geacht wordt."<sup>870</sup> M.i. is het streven naar gelijkvormigheid te prijzen, daarom ook pleit ik er voor om het toepassingsgebied van het stelsel van Van Velten c.s., de Vormerkung, van schepen en vliegtuigen uit te breiden en als algemene regeling in de wet neer te leggen.

In art. 82 NRv.<sup>871</sup> wordt aangegeven wanneer een rechterlijke uitspraak geacht wordt tenuitvoer gelegd te zijn. Als eerste wordt de gerechtelijke verkoop van goederen genoemd waar de tenuitvoerlegging na de verkoop het geval geacht wordt te zijn. In principe geldt deze regeling voor de executie van alle goederen en derhalve ook voor die van registergoederen. Een bijzondere regeling voor de executie van een veroordeling tot levering van registergoederen is daarnaast niet noodzakelijk. Evenzo is ook voor de gedwongen ontruiming van de artt. 555 e.v. NRv. geen aparte regeling nodig: het gaat daar om de vraag of de ontruiming al dan niet heeft plaatsgevonden. Ook hoefde

<sup>870</sup> P.A. Stein, NJB 1981, blz. 431.

<sup>871</sup> Zie kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT blz. 13, nr. 5, MvA II, blz. 7 en nr. 141A, MvA I, blz. 7-8.

geen aparte regeling in art. 82 NRv. opgenomen te worden voor de veroordelingen zoals bedoeld in art. 3.11.4a, nu uit dat artikel zelf volgt dat de uitspraak tenuitvoergelegd is als zij met inachtneming van de eisen van dat artikel in de openbare registers is ingeschreven. Het nieuwe sub 3 van art. 82 NRv. geeft aan dat in geval van tenuitvoerlegging van een veroordeling tot levering of afgifte van niet-registergoederen de uitspraak gerekend wordt tenuitvoer gelegd te zijn nadat de levering of afgifte plaatsgevonden heeft. De woorden "van goederen die geen registergoed zijn" kwamen in de oorspronkelijke versie van de bepaling niet voor en zijn pas ter gelegenheid van de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer toegevoegd. De bepaling is afgestemd op de artt. 491 e.v. NRv. en ook op de tenuitvoerlegging na de toepassing van art. 3.11.4 NBW.<sup>872</sup> Door opname van deze regeling wordt voorkomen dat het enkele feit van de inschrijving in de openbare registers van een verstekvonnis waarin art. 3.11.4 ten aanzien van de vordering tot levering van een registergoed is toegepast, tot gevolg zou hebben dat dit vonnis geacht zou moeten worden tenuitvoer gelegd te zijn, zodat krachtens art. 81 lid 2 NRv. geen verzet meer mogelijk zou zijn en het vonnis ineens in kracht van gewijsde zou zijn gegaan. Een zo drastisch gevolg waarmee in de praktijk gemakkelijk de wederpartij verrast zou kunnen worden, past echter niet in het voor deze goederen geldende stelsel. Daarom ook is tevens art. 3.11.4a toegevoegd. De bedoeling van deze regeling is te voorkomen dat de inschrijving in het register kan plaatsvinden zonder dat de veroordeelde tijdig van de uitspraak op de hoogte is gesteld (c.q. geacht mocht worden op de hoogte te zijn gebracht) en in de gelegenheid gesteld is om zonedig tegenmaatregelen te treffen.

Uit het vorenstaande blijkt dat art. 3. 11.4a veel processuele aspecten vertoont. Met name in het tweede lid komen deze duidelijk naar voren. Hiervoor, par. 10.2., heb ik ervoor gepleit om de elfde titel van boek 3 NBW, of in ieder geval een aantal artikelen daaruit, over te brengen naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 3.11.4a sterkt mij in mijn overtuiging dat die overbrenging gewenst is. Zouden niet alle bepalingen overgebracht worden, dan toch deze.<sup>873</sup>

### 10.3.8 Overgangsrechtelijke aspecten

In wetsontwerp 18.998, het elfde gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW<sup>874</sup> worden geen regels gegeven die betrekking

<sup>872</sup> Ten aanzien van de verbintenis tot levering van een roerende zaak, niet-registergoed kan de schuldeiser zowel de weg van art. 3.11.4 NBW als van art. 491 lid 2 NRv. bewandelen.

<sup>873</sup> Vgl. Verschuur, blz. 116.

<sup>874</sup> Zie over het wetsontwerp H.L. van der Beek, Enige aspecten van het overgangsrecht Nieuw BW, Kwartaalbericht Nieuw BW 1986, blz. 78 e.v.; C.J.H. Brunner en H. Stein, Rechtsvinding overgangsrecht privaatrecht, preadviezen NJV 1985 (met bespreking door J.C.M. Leijten, Overgangsrecht in het privaatrecht, NJB 1985, blz. 733 e.v., en een verslag van de discussie over de beide preadviezen van M.J.P. Verburgh, Burgerlijk recht in de overgang, NJB 1985, blz. 864-865), het themanummer van het Kwartaalbericht Nieuw BW, 1985, nr. 2 en het commentaar van de Com-

hebben op de artt. 3.11.1-3.11.4a. Zoals in par. 10.1 aangegeven ben ik voorstander van een zo spoedig mogelijke invoering van de nieuwe regels en ik zou ervoor willen pleiten dat de artt. 3.11.1-3.11.4a vanaf de invoering exclusieve werking hebben. Wel brengt art. 70 lid 2 van de Overgangswet mee dat de toepassing van deze bepalingen kan worden gevraagd op na de uitvoering van de verbintenis in te leiden gedingen door wijziging van de eis c.q. het verzoek (art. 74 lid 2), ook al is de verbintenis voor de invoering ontstaan. Gezien het bovenstaande verzet de inhoud van de genoemde bepalingen zich ook niet tegen een dergelijke exclusieve werking en dwingt niets tot een eerbiedigende werking.

Kort gezegd betekent dit dat

- een veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling op grond van art. 3.11.1 lid 2 mogelijk zal zijn, wat tot gevolg zal hebben dat ook conservatoir beslag ter verzekering van een vordering onder voorwaarde of tijdsbepaling (vgl. art. 704 NRv.) mogelijk zal zijn;
- in de executoriale fase de vuistregel van art. 3.11.2a zal gelden;
- de rechterlijke machtiging van de artt. 1276 en 1277 BW door die van art. 3.11.3 zal worden vervangen en uitgebreid, en
- op grond van art. 3.11.4 een veroordeling tot eigendomsoverdracht van onroerende zaken of van vorderingen op naam afgedwongen zullen kunnen worden.

Dit laatste betekent dat ook art. 26 Kadasterwet exclusieve werking zal hebben. Nog iets verdergaand zou er bepaald kunnen worden dat een voor de invoering getroffen rechterlijke voorziening geëxecuteerd zal kunnen worden door toepassing van de, nieuwe mogelijkheden biedende, artt. 3.11.4 NBW en 26 Kdw. Voor art. 3.11.3 hoeft iets dergelijks niet te gelden, omdat deze bepaling vrijwel identiek is aan de artt. 1276 en 1277 BW.

In het twaalfde gedeelte van de invoeringswet, wetsontwerp 19.528, wordt in art. 22 aangegeven dat een executie tot afgifte van een roerende zaak of ontruiming van een onroerende zaak geschiedt naar het recht waaronder de executie is aangevangen, zodat de artt. 491 e.v. en 555 e.v. NRv. eerbiedigende werking zullen hebben. Ook eerbiedigende werking blijkt uit de artt. 15, 18 en 23. Hieruit blijkt dat de wetgever voor het procesrecht veel gereserveerder tegen snelle toepassing staat dan bij de artt. 3.11.1 e.v. NBW; ten onrechte lijkt mij. Voor de algemene regels zoals opgenomen in de artt. 430-438a NRv. en 700-710 NRv., is geen bepaling in de overgangswet opgenomen. Veel nieuws brengen de artt. 430 e.v. NRv. niet, zodat zij vanaf de invoering op de al lopende executies toepassing zouden kunnen vinden. Meer nieuws brengen de artt. 700 e.v. NRv. in de artt. 705, 709 en 710 NRv. (zie hieronder), maar toch kunnen deze bepalingen van toepassing zijn op een voor de invoering gelegd beslag. Slechts anders wordt dit bij art. 704 NRv. en bij het afschaffen van de vanwaardeverklaring. Om met dit laatste te beginnen: m.i. zal de oude wet in

---

missie Overgangsrecht van de Koninklijke Notariële Broederschap in WPNR 5744 (1985). Zie aangaande overgangsrecht in het algemeen: B.C. de Die, Overgangsrecht, een herwaardering na vijftig jaar, RM Themis 1979, blz. 253 e.v., G. Knigge, Verandering van wetgeving, diss. RU Groningen 1984, M.V. Polak, Van oud naar nieuw, WPNR 5743-5744 (1985) (die nadere literatuur noemt) en J.J.R. Polman, Temporele werking van wetten, diss. VU Amsterdam, 1984).

beginsel van toepassing verklaard moeten worden in dit soort gevallen. Anders wordt dit echter als bij de invoering nog geen eis tot vanwaardeverklaring ingesteld was en de termijn die dit mogelijk zou maken nog loopt. In dat geval kan de nieuwe regeling: vervanging door een eis in de hoofdzaak gelden, want anders zou een zinloze vanwaardeverklaring uitgeprocedeerd moeten worden! In art. 704 NRv. wordt een regeling gegeven voor de overgang van conservatoir beslag in de executoriale fase die afwijkt van de huidige regeling. Wel kan art. 704 NRv. in beginsel het tijdstip bepalen waarop zo'n beslag in de executoriale fase overgaat of vervalt, maar drie aanvullingen zijn nodig. Allereerst zal een dergelijk beslag dat voor de invoering geëxecuteerd is door de oude wettelijke regeling bestreken moeten blijven, vervolgens zal bij een conservatoir beslag dat na de invoering overgaat in een executoriaal beslag dit executoriaal beslag behandeld moeten worden als gelegd onder de nieuwe wet en tenslotte zal conservatoir beslag als voor de invoering gelegd beschouwd moeten worden.

Uit het voorgaande blijkt dat ik vrijwel dezelfde opvatting ben toegegaan als Stein, blz. 88 en 211 e.v. Wat het procesrecht betreft zou ik willen pleiten voor hoofdzakelijk exclusieve werking. Er worden vele, dringend noodzakelijke verbeteringen ingevoerd en deze dienen zo spoedig mogelijk van toepassing te zijn. Niet alleen is dit in het belang van een goede rechtsbedeling, daarnaast moet zoveel mogelijk vermeden worden dat twee soorten procesrecht zouden gelden. Eerbiedigende werking zou slechts moeten gelden in een aantal uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld als het nieuwe procesrecht alleen kan worden toegepast in het kader van het nieuwe materiele recht. Ik ben er dan ook gelukkig mee dat art. 20 aan art. 513a NRv. exclusieve werking verleent, zodat het mogelijk wordt om terstond op alle beslagen de nieuwe (aanzienlijk eenvoudiger) doorhalingsregeling van de artt. 3.1.2.10 en 3.1.2.10a NBW toe te passen.

#### 10.4 DE UITWERKING VAN DE ARTT. 3.11.2-3.11.4A NBW IN (N)RV.

##### 10.4.1 De artt. 430-438a en 700-710 NRv.

###### 10.4.1.1 Algemeen

De vele wijzigingen die het NBW in ons recht aanbrengt, maakten ook in Rv. vele wijzigingen noodzakelijk, o.a. in de artt. 430-438a en 700-710 NRv.<sup>875</sup> De Memorie van Toelichting, blz. 24 spreekt duidelijk uit dat de uitbreiding van de reële executie een van de redenen voor

<sup>875</sup> Kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT, blz. 23-32 en 111-118, nr. 4, VV II, blz. 6 en 14, nr. 5, MvA II, blz. 10-11 en 24-25, nr. 141, VV I, blz. 4-5, nr. 141A, MvA I, blz. 8-11, nr. 106A, Verslag mondeling overleg, tevens EV I, blz. 4; Oudelaar, par. 20-27, 57, 58, 106-125 en 132 e.v.; Stein, Goed beslagen, blz. 17 e.v., 79 e.v.; N.J.M.Tijhuis, In de schaduw van komend recht, Gerechtsdeurwaarder 1984, blz. 160-175.

de wijziging en aanpassing van Rv. was: "... was noodzakelijk om hetgeen in titel 3.11 NBW wordt bepaald omtrent reële executie, in het onderhavige Wetboek nader uit te werken, opdat ook voor deze vorm van executie wordt geregeld op welke wijze zij kan worden geëffectueerd. Dit heeft geleid tot toevoeging van een nieuwe vierde afdeling aan de tweede titel van dit boek (art. 491-500, waarin de huidige artikelen 490a-490d zijn opgegaan) en een nieuwe zesde afdeling aan de derde titel (art. 555-558), terwijl er met deze figuur voorts ook rekening moest worden gehouden bij de algemene bepalingen van de artikelen 430-438a."

Daarnaast is in het derde boek de regeling van het conservatoir beslag op een aanzienlijk aantal plaatsen gewijzigd en aangevuld, zowel ter aanpassing aan de nieuwe regels betreffende executoriaal beslag als rechtstreeks in verband met de boeken 3, 5 en 6 NBW. Zo begint de vierde titel (middelen tot bewaring van recht) met een afdeling algemene bepalingen.

Aangezien de algemene bepalingen, de artt. 430-438a en 700-710, ook van toepassing zijn op de diverse vormen van reële executie zoals de artt. 491-500 en 555-558, c.q. betrekking hebben op bepalingen die er toe dienen de mogelijkheid van reële executie te bewaren, de artt. 730-737, en omdat er belangrijke wijzigingen met de huidige algemene bepalingen uit het tweede boek bestaan, is gekozen voor een korte bespreking.

#### 10.4.1.2 De artt. 430-438a NRv.

Als eerste punt van belang moet genoemd worden dat in de artt. 430-558 NRv. consequent de termen "executant" en "geëxecuteerde" gebruikt worden. Zoals ook uit art. 435 lid 2 NRv. blijkt hoeft de geëxecuteerde niet steeds de schuldenaar te zijn, ook kan het degene zijn op wiens goed verhaal genomen wordt voor de schuld van een ander. Daarnaast is het mogelijk dat het in het geheel niet om een schuld gaat, maar om de reële executie van een zakenrechtelijke aanspraak.<sup>876</sup>

In het nieuwe art. 430 worden naast de in Nederland gewezen vonnissen, ook beschikkingen van de Nederlandse rechter, in Nederland verleden authentieke akten en andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken genoemd. Zoals bekend worden de authentieke akten nu pas in art. 436 Rv. genoemd, welk artikel kan vervallen, terwijl beschikkingen in het geheel niet genoemd worden maar als authentieke akte een executoriale titel opleveren (vgl. par. 7.8). Door ook de andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken op te nemen kunnen de in vele bijzondere wetten genoemde bevelschriften, etc. (zoals het fiscale dwangbevel) ook als executoriale titel aangemerkt worden. Dit biedt het voordeel dat volstaan kan worden met de bepaling dat het bevelschrift, etc. een executoriale titel in de zin van art. 430 NRv. oplevert, zodat de ingewikkelde verwijzingen die nu de uitvoerbaarheid beogen te regelen (maar die soms toch onvolledig zijn) kunnen vervallen. In dergelijke gevallen kan volstaan worden met de bepaling dat het bevelschrift een executoriale titel in de zin van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering oplevert.<sup>877</sup>

<sup>876</sup> Vgl. MvT, blz. 25.

<sup>877</sup> Vgl. MvA II, blz. 10.

Het nieuwe artikel is niet alleen systematisch juist, maar bevordert ook de duidelijkheid, alleen al omdat over Nederland en niet over het Rijk gesproken wordt. Het Nederlandse recht kan toch niet voor de Antillen (en Aruba) de executabiliteit regelen, deze eilanden hebben hun eigen Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Ook het derde lid heeft een facelift ondergaan waardoor enige onduidelijkheden weggenomen zijn. Duidelijk wordt dat het achterwege laten van de betekening de executie nietig maakt,<sup>878</sup> dat de betekening niet tot de executie behoort en dat de betekening plaatsvindt volgens de gewone regels van het wetboek. De huidige verwijzing naar art. 4 Rv. is te beperkt.

In het Voorlopig Verslag van de bijzondere Eerste Kamercommissie werden enige kanttekeningen bij art. 430 lid 3 NRv. geplaatst.<sup>879</sup> Zo werd opgemerkt dat dit artikellid de executie niet laat beginnen met de betekening, maar pas met het bevel om aan de executorialie titel te voldoen. De vraag is echter volgens de commissie of dit standpunt juist is met betrekking tot de reële executievormen van art. 3.11.3-4a. De betekening van het vonnis houdende bijv. machtiging om te doen of om niet te doen, kan toch moeilijk gepaard gaan met het bevel om aan de executorialie titel te voldoen. In de Memorie van Antwoord, nr. 141A, blz. 8 bleek de minister grotendeels een andere visie te hebben dan de commissie. De opmerking dat de betekening zoals bedoeld in art. 430 lid 3 geen deel uitmaakt van de executie achtte hij juist. "Het is echter niet juist dat de executie noodzakerlijkerwijs aanvangt met een bevel om aan de executorialie titel te voldoen. Een zodanig bevel wordt slechts voorgeschreven in de artt. 439 en 502 als voorwaarde voor een geldig beslag op goederen als daarbedoeld of waarop die bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn, alsmede in art. 491 als aanvang van de executie tot afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn en in art. 555 als inleiding tot een gedwongen ontruiming. Een zodanig voorschrift ontbreekt voor andere beslagen (...). In geval van toepassing van de artt. 3.11.3-4a is voor de tenuitvoerlegging van de betreffende uitspraak geen bevel nodig, behoudens in het geval dat het gaat om een machtiging als bedoeld in art. 3.11.3 die langs de weg van art. 558 NRv. dient te worden geëxecuteerd, of om een veroordeling als bedoeld in art. 3.11.3 lid 3, tweede zin, terwijl ter executie daarvan een beslag als bedoeld in de artt. 439 of 502 NRv. wordt gelegd."

Behalve dat iedere executie een executorialie titel veronderstelt en dat de titel betekend moet zijn (vgl. lid 3), zal die executorialie titel ook voor tenuitvoerlegging vatbaar moeten zijn. Deze laatste eis wordt vreemd genoeg niet in art. 430 NRv. gesteld, maar komt naar voren in incidentele wetsbepalingen als 491 lid 1, 492 lid 1, 704 lid 1 en 735 lid 1 NRv. Gezien de in de Memorie van Toelichting op art. 704 gegeven voorbeelden is het echter de bedoeling dat voor iedere executorialie titel, ook buiten het beslagrecht, de eis van vatbaarheid voor tenuitvoerlegging geldt. Het praktisch belang van deze eis is dat na het verkrijgen van de executorialie titel, maar voordat deze voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden, de schuldeiser nog geen executorialie doch slechts conservatoire maatregelen kan nemen.

<sup>878</sup> Hetzelfde wordt blijkens HR 9 maart 1939, NJ 1939, 1012 voor het huidige recht aangenomen.

<sup>879</sup> VV I, nr. 141, blz. 4.

De artt. 431, 432, 433 en 434 NRv. zijn nauwelijks gewijzigd. Het eerste en het laatste artikel zijn in zoverre uitgebreid (in aansluiting op art. 430 lid 1 NRv.) dat de artikelen betrekking hebben op alle executoriale titels; de beide middelste bepalingen zijn slechts taalkundig aangepast. Ook over art. 436 NRv. hoeft niet gesproken te worden, het artikel stemt overeen met het huidige art. 438a Rv. Wel nieuw, tenminste op deze plaats, is art. 431a NRv., een uitwerking van de in art. 6.2.1.1 NBW opgenomen regel dat de overgang van een vordering ook de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een executoriale titel doet overgaan. Geheel nieuw is het artikel niet, in feite is het een veralgemening van het huidige art. 500, dat betrekking heeft op de executie van een authentieke akte ten aanzien van onroerende zaken. Het artikel beoogt duidelijk te maken, dat de geëxecuteerde, ook in geval van een overgang van de bevoegdheid tot executie, er tijdig van op de hoogte moet worden gesteld wie tot de tenuitvoerlegging bevoegd zijn.

In de lijn van het huidige art. 437 Rv. ligt het nieuwe art. 435 NRv. Als zo vaak in het nieuwe recht is ook hier de formulering enigszins gewijzigd, in dit geval met het oog op het beginsel dat, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen (art. 3.10.1.1 NBW). Uiteraard moet de executant bevoegd zijn om zich op het betreffende goed te verhalen, waarvoor echter niet noodzakelijk is dat dit goed aan de schuldenaar toebehoort.<sup>880</sup> Daarom is in het tweede lid de in het huidige recht nog onbekende verplichting opgenomen dat de executant een beslag dat strekt tot verhaal op een goed dat aan een ander dan de schuldenaar toebehoort, en dat ten laste van die ander wordt gelegd, binnen acht dagen aan de schuldenaar moet betekenen. Het is gewenst dat de schuldenaar in zo'n situatie snel van het beslag op de hoogte gebracht wordt, zodat hij tijdig de nodige maatregelen ter voorkoming van verdere executie kan nemen. Uit art. 432 NRv. blijkt niet, of het werkelijk tot executie komt tegen degene aan wie het goed toebehoort, zodat deze bepaling niet de basis kan vormen van deze verplichting. Overigens vinden we bij het conservatoire beslag in art. 708 NRv. een vergelijkbaar artikel.

Uit het artikel blijkt niet dat de niet-inachtneming van het hier bepaalde de nietigheid tot gevolg heeft, zodat aan de schuldenaar slechts schadevergoeding toekomt omdat hij niet op tijd de nodige maatregelen ter voorkoming van verdere executie heeft kunnen nemen.

Bij Nota van Wijziging (nr. 6) is aan het artikel een derde lid toegevoegd waarin nadere regels gegeven worden die waarborgen dat degene wiens goed aan verhaal bloot staat op grond van de artt. 3.10.3.3 lid 2, 3.10.3.15 lid 2 en 3.10.4a.4 jo 2 NBW daarvan niet onnodig het slachtoffer kan worden. In die bepalingen wordt er namelijk van uitgegaan dat verhaal mogelijk is als behoorde het goed aan de schuldenaar toe; terwijl de bepalingen zo geformuleerd zijn dat de daarbedoelde derden hun rechten niet aan de zich verhalende schuldeiser kunnen tegenwerpen. Ook art. 708 NRv. werd op soortgelijke wijze aangevuld met een tweede lid. Het artikel heeft tot gevolg dat degene om wiens goed het gaat een extra waarborg krijgt en voor de beveiliging van zijn rechten niet afhankelijk is van een door hem zelf aan te spannen

<sup>880</sup> Uit onder meer de artt. 3.10.3.3 lid 2, 3.10.3.15 lid 2 en 3.10.4a.2 en 4 blijkt dat verhaal ook op een goed van een ander dan de schuldenaar bestaat.



procedure tot verzet tegen de executie overeenkomstig art. 438 lid 5 NRv.

In art. 437 NRv. wordt er op gewezen dat hetgeen omtrent de executie van een goed bepaald is, van overeenkomstige toepassing is op de executie van een beperkt recht op of een aandeel in een zodanig goed. Het artikel houdt verband met de in art. 3.1.1.0 NBW uitgesproken indeling van goederen in zaken en vermogensrechten en sluit aan bij het in de artt. 3.4.2.7b en 3.4.2.11 bepaalde. Vanzelfsprekend wordt alleen gedooeld op de beperkte rechten en aandelen in een goed die zich voor (afzonderlijke) executie lenen, hetgeen ook uit art. 435 lid 1 NRv. en art. 3.10.1.1 NBW volgt. Pand, hypotheek en erfdiensbaarheden (alle afhankelijke beperkte rechten) en het recht van gebruik en bewoning vormen voorbeelden van beperkte rechten die zich niet voor afzonderlijke executie lenen. In art. 3.7.2.1 lid 1 vinden we een voorbeeld van aandelen in een goed die niet voor executie vatbaar zijn (tenzij de overige deelgenoten toestemmen).

De regeling betreffende executiegeschillen zoals die neergelegd is in art. 438 NRv. heeft een ingrijpende wijziging ondergaan. Waar in het huidige recht als beginsel wordt gezien dat de rechter wiens uitspraak geëxecuteerd wordt ook de bevoegde gewone rechter is ten aanzien van geschillen betreffende deze executie, wordt in het nieuwe recht voor een afwijkend stelsel gekozen: bevoegd verklaard wordt de rechtbank die naar de gewone competentieregels bevoegd zou zijn, dan wel die in welker rechtsgebied de inbeslagneming plaatsvindt, zich een of meer van de betrokken zaken bevinden of de executie zal geschieden. Door de toevoeging van de laatste drie alternatieven is executie ook mogelijk als er volgens de gewone competentieregels geen bevoegde rechter in Nederland wordt aangewezen: er hoort toch een bevoegde Nederlandse rechter te zijn als de executie in Nederland plaatsvindt. Tevens wordt zo een bevoegd gerecht gecreeerd als de in beslag te nemen goederen niet te lokaliseren zijn, zoals bij aandelen op naam en derdenbeslag op vorderingen kan voorkomen.

Het was mogelijk geweest incidentele bepalingen op te nemen in de diverse titels en afdelingen, maar systematisch gezien moet de voorkeur gegeven worden aan een algemene regeling. Dit is duidelijker, praktischer en sluit het meeste aan bij de huidige regeling. Toch maakt art. 438 NRv. niet alle bijzondere bepalingen overbodig, maar in die bepalingen, o.a. de artt. 496 en 497, kan veelal volstaan worden met een aanvulling en een verwijzing. In het tweede lid wordt ook de president in kort geding bevoegd verklaard, waarmee aangesloten wordt bij art. 438 Rv., dat ook een verwijzing naar de president bevat.<sup>881</sup> Door de president uitdrukkelijk een aantal bevoegdheden toe te kennen is geen twijfel mogelijk. Zo kan hij een constitutioneel vonnis wijzen als hij de executie schorst of het beslag opheft, wat in kort geding een bijzonderheid is. Blijkens de laatste zin van het tweede lid is het mogelijk een derde in het kort geding te betrekken die de executie moet gedogen. Het derde lid sluit nauw aan bij het tweede lid en bij het huidige art. 291 Rv: leent de zaak zich niet voor behandeling in kort geding dan kan de zaak naar de zitting van de rechtbank verwezen worden en hoeft de eis niet afgewezen te worden. De bedoeling is een snellere en eenvoudigere wijze van procederen mogelijk te maken

<sup>881</sup> Zie over de verhouding tussen de artt. 289 e.v., 438, 611d, 676 en 705 de Memorie van Antwoord I, nr. 141a, blz. 9-10.

voor de daarvoor in aanmerking komende gevallen.

Onder deurwaarders bestaat regelmatig behoefte om zelfstandig het oordeel van de president in te winnen, bijv. omdat zij betwijfelen of de door hun client gewenste wijze van tenuitvoerlegging geoorloofd is. Blijkens de Memorie van Toelichting, blz. 31, kunnen we denken aan een ontruiming waarbij een zieke of een geestelijk gestoorde betrokken is en waarbij bijzondere voorzorgen nodig zijn, maar waar de executant niet van wil horen. Art. 13 lid 3 Deurwaardersreglement geeft geen bevredigende regeling, maar straks komt het vierde lid van art. 438 NRv. aan het verlangen van de deurwaarders tegemoet.<sup>882</sup> Geheel nieuw is de bepaling niet, want niet alleen valt te wijzen op het huidige art. 444a lid 5 Rv., maar ook wordt in de artt. 3.9.1.6b lid 3 en 3.9.4.16 lid 4 NBW aan de notaris een vergelijkbare bevoegdheid toegekend. Door de beslissing van de president staat nog niet geheel vast of de deurwaarder al dan niet schadeplichtig is, want uiteraard geeft de president slechts een voorlopig oordeel en mag naderhand door de betrokkene schadevergoeding gevorderd worden. Heeft de deurwaarder hem volledig ingelicht dan zal het oordeel van de president echter wel van doorslaggevende betekenis zijn. Door het opnemen van dit vierde lid als algemene regeling kan het vijfde lid van de bijzondere regeling die art. 444a geeft vervallen.

Tot slot zegt het vijfde lid dat verzet tegen de executie door een derde geschiedt door dagvaarding van zowel de executant als de geëxecuteerde. Art. 456 lid 1 Rv. hield dit al in, maar een algemene regeling was nuttig gezien de artt. 456a, 474 ga, 498, 538 en 541 NRv.

Het laatste artikel, 438a NRv., zegt dat aan een in verband met de executie volgens wettelijk voorschrift gekozen woonplaats alle betekeningen en exploiten kunnen worden gedaan, zelfs van verzet, hoger beroep en cassatie. In feite gaat het om een aangepaste formulering van art. 439 lid 5 Rv., waarbij verduidelijkt is dat de hier bedoelde bevoegdheid niet alleen voor de schuldenaar geldt, maar ook voor een derde die zich tegen de executie wil verzetten op grond van art. 438 lid 4 NRv. of op wiens zaken de executant verhaal heeft zonder dat de derde schuldenaar is. Goed in het oog moet worden gehouden dat de bepaling alleen inhoudt dat betekeningen en exploiten aan de gekozen woonplaats gedaan kunnen worden, maar dat dit niet van invloed is op de rechterlijke competentie.

#### 10.4.1.3 De artt. 700-710 NRv.

Art 700 NRv. begint met in het eerste lid uit te spreken dat voor alle conservatoire beslagen verlof van de president van de rechtbank binnen welker rechtsgebied zich een of meer van de betrokken zaken bevinden, dan wel, indien het beslag niet op zaken betrekking heeft, de schuldenaar of degene of een dergenen onder wie het beslag gelegd wordt, woonplaats heeft. Dat voor alle conservatoire beslagen presidiaal verlof vereist is, heeft te maken met de schrapping van de vanwaardeverklaringsprocedure wat het wenselijk maakt dat in alle gevallen dat niet reeds een hoofdprocedure aanhangig is, een termijn gesteld wordt waarbinnen de eis in de hoofdzaak ingesteld moet worden. Blijkens het derde lid is verlenging van de termijn mogelijk en

<sup>882</sup> Vgl. Verpaalen, blz. 48 e.v.

doet overschrijding van de termijn het beslag vervallen: het verlof wordt steeds onder voorwaarde verleend. In het tweede lid worden voor alle groepen van beslagen enige nadere voorschriften gegeven omtrent de wijze waarop het verlof wordt verkregen en wat dit dient in te houden. Tevens moet aangegeven worden welk beslag de verzoeker wil leggen en zal ook de aard van het recht tot bewaring waarvan het beslag strekt moeten worden aangegeven.

Wordt in art. 701 NRv. buiten twijfel gesteld dat de president het verlof kan verlenen onder de voorwaarde dat tot een door hem te bepalen bedrag zekerheid gesteld wordt voor de schade die door het beslag veroorzaakt kan worden, art. 702 NRv. houdt in dat voor conservatoire beslagen de voorschriften geldende voor het leggen van een executoriaal beslag tot verhaal van een geldvordering op een goed van de soort als in beslag genomen wordt, zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn. Aangezien de beslagene in de regel daarvan niet op andere wijze kennis krijgt, is toegevoegd de eis dat het verlof en het verzoekschrift waarop het is gegeven aan de beslagene betekend moeten worden. Bij de afzonderlijke conservatoire beslagen vinden we voorzover nodig aanvullende voorschriften, o.a. in art. 734 NRv.

Wat de artt. 703, 707 en 708 betreft mag hier volstaan worden met erop te wijzen dat deze bepalingen grotendeels de conservatoire tegenhangers vormen van de artt. 436, 437 en 435, zodat naar de bespreking van deze bepalingen hiervoor verwezen kan worden.

In het nieuwe recht vervalt de vanwaardeverklaringsprocedure, zodat een afzonderlijke regel nodig is die het intreden van de executoriale fase regelt. In art. 704 lid 1 NRv. wordt aangegeven dat de executoriale fase intreedt op het tijdstip dat een executoriale titel verkregen is en aan alle andere eisen om deze ten uitvoer te leggen is voldaan. De eerste voorwaarde die gesteld kan worden is dat de executoriale titel voor tenuitvoerlegging vatbaar is. Is de termijn van acht dagen zoals genoemd in de artt. 80, 86, 342 lid 2 en 434 nog niet verstreken en is de uitspraak ook niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard dan is aan deze eis nog niet voldaan. Hetzelfde geldt als aan de uitspraak op grond van art. 3.11.1 lid 2 NBW een voorwaarde of tijdsbepaling verbonden is die nog niet vervuld c.q. verstreken is. Uit de MvT blz. 35 en 114 blijkt dat conservatoir beslag mogelijk is zowel voor verbintenissen onder opschortende als onder ontbindende voorwaarde als ook onder tijdsbepaling. Executoriaal beslag kan echter alleen gelegd worden op grond van een veroordeling onder ontbindende voorwaarde. De niet-opeisbaarheid belet slechts dat het gelegde conservatoire beslag overgaat in de executoriale fase, het conservatoire beslag kan in die gevallen blijven liggen tot het moment van opeisbaar worden.<sup>883</sup> Een tweede voorwaarde is dat de executoriale titel betekend is aan de beslagene, in geval van derdenbeslag ook aan de derde. In het tweede lid wordt een regeling gegeven die moet voorkomen dat het beslag blijft liggen als het zijn zin verloren heeft, bijv. omdat de eis in de hoofdzaak afgewezen wordt en deze afwijzing in kracht van gewijsde is gegaan.

<sup>883</sup> Vgl. H. Stein, Goed beslagen, blz. 114.

Art. 705 NRv. stemt grotendeels overeen met art. 438 NRv.: in het derde lid worden zelfs de leden 3-5 van art. 438 van overeenkomstige toepassing verklaard. In het eerste lid wordt buiten twijfel gesteld dat steeds opheffing van het beslag gevorderd kan worden in kort geding voor de president van de rechtbank die het verlof gegeven heeft, niet alleen door de beslagene, maar ook door andere belanghebbenden, terwijl in het tweede lid een enuntiatieve ("onder meer") opsomming van belangrijke opheffingsgronden gegeven is. De kosten van het beslag kunnen, al of niet in de hoofdzaak, van de beslagene worden teruggevorderd, tenzij het beslag nietig, onnodig of onrechtmatig was, zo zegt art. 706 NRv. In feite is dit een vanzelfsprekende bepaling. Aangezien de vanwaardeverklaringsprocedure in het nieuwe recht geschrapt is, is het aan te bevelen een regel met deze inhoud in de wet neer te leggen opdat geen twijfel kan rijzen, bijv. als de hoofdvordering inmiddels al voldaan is maar de beslagkosten nog verschuldigd zijn. Nu staat vast dat de beslaglegger de beslagkosten ook in een zelfstandige procedure, los van de hoofdzaak, kan terugvorderen. Waar de beslaglegger zijn recht tot gelding kan brengen ongeacht of het beslag inmiddels opgeheven is of niet, zo kan de beslagene het verweer van nietigheid, onnodigheid of onrechtmatigheid voeren, ongeacht of hij tevens in kort geding ex art. 705 de opheffing van het beslag gevorderd heeft.

In de eerste afdeling van de vierde titel van boek III NRv. vinden we aan het slot de artt. 709 en 710, die de gerechtelijke bewaring resp. het bewind regelen en geen betrekking op het conservatoire beslag hebben. Duidelijk zal nu zijn waarom de aanduiding boven de titel "van middelen tot bewaring van recht" en niet "van conservatoir beslag" luidt.

Art. 709 NRv. is opgenomen voor roerende zaken die geen registergoederen zijn omdat enerzijds voorkomen moet worden dat de schuldeiser, als verlof tot het beslag verkregen is, de beslagene nog verder onder druk kan zetten door voor hem noodzakelijke roerende zaken zoals bedrijfsmiddelen door een deurwaarder te doen weghalen en daarmee aan het gebruik door de beslagene te onttrekken, terwijl anderzijds er een eenvoudige mogelijkheid moet bestaan om in de gevallen dat de belangen van de beslaglegger bij gebreke van inbewaringstelling gevaar zouden lopen, hieromtrent een rechterlijke beslissing uit te lokken. Blijkens het eerste lid is rekening gehouden met het geval dat het beslag nog gelegd moet worden als met de situatie dat reeds beslag is gelegd. In beide gevallen moet de president die het bevel verleent tevens een gerechtelijke bewaarder aanwijzen. Het tweede lid bepaalt dat ook een pandhouder inbewaringstelling kan vragen,<sup>884</sup> het derde lid bedoelt te voorkomen dat de president al te snel het bevel verleent en geeft aan dat in principe de beslagene en andere belanghebbenden in de gelegenheid gesteld moeten worden om gehoord te worden, terwijl het vierde lid art. 701 NRv. van overeenkomstige toepassing verklaart, zodat de president het verlof kan verlenen onder de voorwaarde dat zekerheid gesteld wordt voor de schade die veroorzaakt kan worden.

<sup>884</sup> Nb. De pandhouder zal niet van deze bepaling gebruik kunnen maken als hij de afgifte van de zaak aan zichzelf wil bewerkstelligen omdat hij tot de executie ervan wil overgaan. In die gevallen zal art. 496 lid 3 NRv. gevolgd moeten worden.

<sup>885</sup> Vgl. H. Stein, Goed beslagen, blz. 108-109.

De werkingssfeer van art. 710 NRv.<sup>885</sup> (een artikel dat nog aan het uitstel van de invoering van titel 3.6 NBW aangepast zal moeten worden) is ruimer dan die van het voorafgaande artikel en verleent aan de president van de rechtbank in kort geding de bevoegdheid tot onderbewindstelling van alle goederen waarover geschil bestaat. In het eerste lid is aangegeven welke president bevoegd is, die van de rechtbank in welker rechtsgebied zich een of meer van de betrokken zaken bevinden, waarvoor de hoofdzaak aanhangig is of die naar de gewone regels bevoegd zou zijn van de hoofdzaak kennis te nemen, zodat steeds een bevoegde president in Nederland te vinden is wanneer het zich in Nederland bevindende zaken betreft. Het tweede lid sluit nauw aan bij art. 700 lid 3 NRv. en dient ertoe te voorkomen dat het bewind onnodig lang duurt. Opmerking verdient dat, als de hier bedoelde termijn overschreden wordt, het bewind wel eindigt maar niet met terugwerkende kracht vervalt, zodat de intussen door de bewindvoerder verrichte handelingen bevoegdelyk geschied blijven. Het derde lid spreekt uit dat de bewindvoerder niet in zijn handelingsvrijheid beperkt wordt doordat op een of meer onder het bewind vallende goederen al beslag gelegd is door een partij. Het is onwenselijk dat een goed beheer daardoor gefrustreerd zou kunnen worden. Terwijl het vierde lid aangeeft wat uiteindelijk met de onder bewind staande goederen moet gebeuren: toe laten komen aan degene die daarop krachtens een in kracht van gewijsde gegane of uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak recht heeft, tenzij de president anders heeft bepaald, vinden we in het vijfde lid de mogelijkheid dat de president het bewind op vordering van ieder der partijen kan opheffen.

#### 10.4.2 De artt. 491-500 NRv.

##### 10.4.2.1 Algemeen

Zoals hierboven al aangegeven is gaan zowel boek 3 titel 11 als boek 6 titel 1, afdelingen 6 en 8 NBW er vanuit dat iemand die recht heeft op een bepaalde prestatie de nakoming door de wederpartij van die verplichting moet kunnen afdwingen. Het belangrijkste zijn dan maatregelen waarmee de gerechtigde zich rechtstreeks het hem toekomende kan verschaffen. Daartoe worden regels gegeven in de artt. 3.11.2-3.11.4a NBW voor prestaties anders dan de betaling van geldsom. In par. 10.3.2 is al aangegeven dat die regels een nadere uitwerking in NRv. moeten hebben. Wat art. 3.11.2 NBW betreft wordt een regeling, die tevens het eerste lid vervangt, gegeven in de artt. 491-500 en 555-557 NRv.

De artt. 491-500<sup>886</sup> hebben slechts betrekking op de afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn. We vinden deze bepalingen in de vierde afdeling van boek II tweede titel NRv., welke afdeling

<sup>885</sup> Kamerstuk 16.593 nr. 3, MvT, blz. 70-77, nr. 141, VV I, blz. 10, nr. 141A, MvA I, blz. 26-27; Mijnssen, blz. 62-64; Oudelaar, par. 28 e.v., 87-89; P.A.Stein, Compendium, blz. 253, 320, 344-345; H.Stein, Goed beslagen, blz. 51 e.v., 103-105; dez., Adv.bl. 1981, blz. 85 e.v., 106 e.v.

ditzelfde opschrift draagt. Door het afdwingen van de afgifte van een dergelijke zaak c. q. een dergelijk toonder- of orderpapier kan, art. 3.11.2 stelt immers de vrijwillige en de gedwongen nakoming op een lijn, voldaan worden aan de voor de levering van deze goederen door de artt. 3.4.2.5 lid 1 en 3.4.2.6 geëiste bezitsverschaffing. Deze artikelen houden wat dat betreft tevens de verkrijging van een recht in. Bedacht dient daarbij te worden dat de beslaglegger geen absoluut recht in die zin krijgt dat het een tot zekerheid strekkend zakelijk, in beginsel door derden te eerbiedigen, recht zou betreffen. Het beslag tot levering zal dan ook niet tot een dergelijk recht op het goed zelf leiden, daarvoor zal juist de leveringshandeling nodig zijn.<sup>887</sup> Voor de reële executie van de vordering tot levering van andere goederen, met name goederen op naam, kan deze weg niet gevolgd worden. Voor een dergelijke levering is in de regel (afhankelijk van de aard van het goed) een authenticatie of onderhandse akte nodig, soms gevolgd door inschrijving in een openbaar register dan wel mededeling aan degene tegen wie het recht wordt uitgeoefend. (Vgl. artt. 3.4.2.4 c. q. 7 NBW). Heeft de gerechtigde niet een dergelijke akte en kan hij de geschetste weg niet volgen, dan kan hij op grond van art. 3.11.4 lid 2 een rechterlijke uitspraak uitlokken die in de plaats van de akte treedt en waarmee hij de levering tot stand kan brengen met inachtneming van de voorgeschreven formaliteiten en waarvoor in art. 3.11.4a nadere eisen gesteld worden. Behoudens art. 474i NRv. en de artt. 730-737 NRv. is een nadere uitwerking in Rv. niet noodzakelijk. Kent het huidige recht voor de verplichting tot afgifte van de huurkoop de niet aan zijn verplichtingen voldeed een speciale regeling in de artt. 490a-490d Rv., door het opnemen van een algemene regeling voor de reële executie van vorderingen tot afgifte in de artt. 491-500 NRv. bestaat daar geen behoefte meer aan.

#### 10.4.2.2 Art. 491 NRv.

In deze bepaling wordt aangegeven op welke wijze de executie tot afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn plaatsvindt. Het eerste lid geeft aan dat de executie pas kan aanvangen nadat aan de geëxecuteerde bevel gedaan is conform art. 439 NRv. en de zaak binnen de daarbij gestelde termijn niet is afgegeven. Geen termijn hoeft echter in acht genomen te worden als het de executie van vonnissen en beschikkingen betreft die uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, welke mogelijkheid op grond van art. 52 NRv. steeds bestaat. Deze afwijking van art. 439 NRv. (ook al in het huidige art. 490a lid 2 Rv. te vinden) is goed verklaarbaar: het gaat hier om een minder ingrijpende maatregel, want deze executie tot afgifte betreft uitsluitend de af te geven zaken zelf, terwijl de geëxecuteerde niet aan zijn verplichting kan voldoen door iets anders dan de afgifte van de betreffende zaak. Bij art. 439 NRv. kan de uitwinning echter leiden tot de uitwinning van alle roerende zaken die de deurwaarder aantreft en die voor beslag vatbaar zijn. In een dergelijk geval moet de mogelijkheid bestaan om totale uitwinning te voorkomen door alsnog het verschuldigde bedrag te betalen.

<sup>887</sup> Mijnsen, blz. 7.

Voor de gevallen dat er (nog) geen sprake is van uitvoerbaarheid bij voorraad van de rechterlijke uitspraak, terwijl er wel direkt maatregelen genomen moeten worden, biedt art. 492 NRv. een mogelijkheid.

In de leden 2 en 3 wordt de wijze van executie aangegeven. De deurwaarder neemt de zaak onder zich en geeft deze af aan degene die haar krachtens de executoriale titel moet ontvangen. Dit kan een derde zijn (vgl. artt. 3.7.1.3b, 3.8.17, 3.9.2.6, 3.9.2.17 en 6.5.3.7 NBW). In het derde lid worden de artt. 440 en 443-444b (inhoud beslagexploit, inhoud proces-verbaal resp. opening deuren, etc.) van overeenkomstige toepassing verklaard.

Al met al stemt de in deze bepaling gegeven regeling vrijwel overeen met hetgeen nu uit de artt. 490a en 490b Rv. volgt. Een verschilpunt is bijvoorbeeld dat geen verwijzing naar art. 453 Rv. plaats heeft, omdat deze bepaling is opgegaan in art. 443 NRv.

#### 10.4.2.3 Art. 492 NRv.

Zoals bij art. 491 al aangegeven kan het geval zich voordoen dat met spoed maatregelen genomen moeten worden, maar dat de rechterlijke uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, dat de op grond van art. 491 lid 1 gestelde termijn van twee (of drie als het een derde betreft, art. 443 NRv.) dagen nog niet verstreken is of dat de deurwaarder niet de middelen heeft om de zaak direkt mee te nemen. De Memorie van Toelichting noemt op blz. 73 het geval van een afgesloten auto. Een ander geval doet zich voor als de executant weet dat ook anderen een recht op (levering van) de zaak pretenderen, daarom zijn eigen rechten wil veiligstellen, maar niet de afgifte zelf wil (of kan) afdwingen, omdat dit mogelijk een onrechtmatige daad zou opleveren. In al deze gevallen zal de deurwaarder ter inleiding van de toepassing van art. 491 beslag tot verkrijging van de afgifte op de zaak leggen. Het tweede lid geeft aan wat er moet gebeuren als er reeds beslag op de zaak gelegd is. Art. 491 kan dan niet toegepast worden, maar de deurwaarder kan op grond van deze bepaling, het eerste lid, eveneens beslag leggen, welk beslag direkt aan de deurwaarder die al eerder beslag gelegd heeft moet worden betekend. Dit laatste is weliswaar niet op straffe van nietigheid voorgeschreven, maar wordt indirekt gesanc-tioneerd via een aansprakelijkstelling van en executant en deurwaarder (vgl. art. 6.3.2.4 NBW). Aangezien het aantal malen dat op dezelfde zaak beslag gelegd kan worden niet beperkt wordt, is het mogelijk dat dit voor de elfde maal geschiedt. Hoe verder gehandeld moet worden als meermalen beslag gelegd is, blijkt uit art. 497 NRv. De hiergegeven regeling is een duidelijke verbetering, want op grond van het huidige art. 490c Rv. kan als de zaak reeds in beslag genomen is de deurwaarder geen verdere maatregelen nemen om de afgifte te bewerk-stelligen.

In het derde lid is een verwijzing naar andere bepalingen opgenomen, terwijl het vierde lid voor de duidelijkheid vermeldt dat als er geen ander beslag gelegd is, de deurwaarder alsnog op grond van art. 491 beslag kan leggen, waardoor het op grond van art. 492 gelegde beslag vervalt. De mogelijkheid bestaat immers dat een ander beslag gelegd wordt, waarna nog een derde beslag legt, maar dat de beide andere beslagen later opgeheven worden.

Over art. 493 NRv. kunnen we kort zijn. Het betreft de executie ter zake van een vordering tot afgifte van een naar de soort bepaalde zaak, één van de gevallen die het eerste lid van art. 3.11.2 NBW noemde, waarbij aan de deurwaarder een keuzerecht verschafft wordt om tot de voor de beslaglegging noodzakelijke individualisatie over te gaan, tenzij de geëxecuteerde tijdig van een hem toekomende bevoegdheid tot kiezen gebruik maakt. Mocht er verschil van mening bestaan aan wie het keuzerecht toekomt, dan zal een executiegeschil op grond van art. 438 NRv. gevoerd moeten worden.

De volgende bepaling, art. 494 NRv., geeft een speciale regel voor het recht op afgifte van te velde staande vruchten en beplantingen van een onroerende zaak. Beslag kan gelegd worden hetzij op de zaak zelf, hetzij op het zakelijk recht en wel overeenkomstig de regels betreffende beslag op onroerende zaken (art. 502 e.v. NRv.), waarbij in het proces-verbaal van de beslaglegging vermeld moet worden dat het beslag slechts ten aanzien van de vruchten en beplantingen werkt. De rechten van de eigenaar of de zakelijk gerechtigde worden verder niet aangetast.

In het tweede lid vinden we een regel van zaakvervanging: het beslag gaat rusten op de afgescheiden vruchten en beplantingen, terwijl het beslag vervalt als de algehele afscheiding voltooid is. Het beslag op grond van art. 494 gaat dan over in een beslag op grond van art. 492 NRv. Het derde lid verklaart art. 451 (aanstelling deskundige) mede van overeenkomstige toepassing ter zake van inoogsting.

Art. 495 NRv. bevat enkele aanvullingen voor de executie tot afgifte van order- en toonderpapieren en spreekt voor zichzelf.

Ook art. 496 NRv. heeft geen lange behandeling nodig: het artikel vindt toepassing als het een executie tot afgifte op vordering van een pandhouder betreft en vormt een uitwerking van het recht op afgifte dat aan een bezitloze pandhouder toekomt krachtens art. 3.9.2.2 lid 3 NBW. Het daar gegeven recht op parate executie maakt het gewenst dat de bezitloze pandhouder ook zijn recht op afgifte op een eenvoudige manier kan verwerkelijken. In de regel zal de pandhouder -anders dan de hypotheekhouder- niet over een executoriale titel beschikken nu zijn recht vrijwel nooit bij authentieke akte gevestigd wordt. Zonder de mogelijkheid die dit artikel biedt zou een rechterlijke uitspraak uitgelokt moeten worden om deze vervolgens ten uitvoer te leggen. Dat zou een onnodig zware eis betreffen.

Is op de verpande zaak al beslag gelegd en neemt de pandhouder de executie niet over, maar wil deze alleen afgifte, omdat hij meent dat de zaak ernstig verwaarloosd wordt, dan zal niet art. 496, maar art. 709 lid 2 NRv. van toepassing zijn.<sup>\*\*\*</sup>

Art. 498 NRv. spreekt in het eerste lid uit dat zolang de afgifte nog niet plaats gevonden heeft ieder wiens recht op de zaak door de executant geëerbiedigd moet worden zich tegen de afgifte kan verzetten. Het tweede lid kent deze bevoegdheid ook toe aan degene die op grond van art. 3.4.2.3a lid 3 de overdracht van de zaak kan vorderen.

Een soortgelijke bepaling als het huidige art. 490d Rv. bevat art. 499 NRv., welk artikel uitspreekt dat als de zaak zich onder een derde bevindt die tegen de afgifte geen bezwaar maakt of zich niet te goeder trouw tegen een vordering tot afgifte aan de geëxecuteerde zou kun-

<sup>\*\*\*</sup> Vgl. art. 3.9.2.17 NBW en de toelichting op art. 709 NRv., blz. 117.



nen verzetten, de executie overeenkomstig de artt. 491-498 geschiedt. De afgifte aan de executant geldt dan mede als afgifte van de derde aan de geëxecuteerde.

Tot slot biedt art. 500 NRv. een mogelijkheid voor de gevallen dat hetzij art. 499 niet van toepassing is, hetzij de executant twijfelt in hoeverre aan de voor het artikel geldende eisen is voldaan, door de mogelijkheid te openen de afgifte door middel van derdenbeslag af te dwingen. In dat geval zijn de artt. 475-479 NRv. van overeenkomstige toepassing.

#### 10.4.2.5 Art. 497 NRv.

Deze bepaling handelt over de samenloop van een beslag tot verkrijging van afgifte met een ander beslag, hetzij tot verhaal hetzij ook tot afgifte. Bij een dergelijk conflict van beslagen kan de meest gerede partij zich overeenkomstig art. 438 NRv. tot de rechter wenden. Voor de uitspraak van de rechter zal van doorslaggevend belang zijn wie van beide partijen materieel het sterkste recht heeft,<sup>889</sup> wat in de regel aan de hand van de bepalingen uit het (N)BW beoordeeld zal moeten worden. Zo zal de executant die krachtens een hem toekomend zakelijk recht optreedt boven een persoonlijk gerechtigde gaan, tenzij het een huurder of pachter betreft (vgl. de artt. 7.4.4.1 en 7.5.6.3 NBW). Menen twee executanten een zakelijk recht jegens de geëxecuteerde tot gelding te kunnen brengen, dan zal volgens de gewone regels uitgemaakt moeten worden wie van beiden het zakelijk recht toekomt dan wel wiens recht prevaleert. In art. 3.11.2a is een regeling opgenomen voor het geval persoonlijke rechten op levering op hetzelfde goed met elkaar botsen.<sup>890</sup>

Het tweede lid spreekt uit dat wanneer op een zaak zowel beslag tot verkrijging van afgifte als tot verhaal van een geldvordering gelegd wordt, het beslag tot afgifte zonodig tevens als een tweede executoriaal beslag tot verhaal van de vordering tot vervangende schadevergoeding wegens uitblijven van de afgifte geldt. In beginsel zal de executie in een dergelijk geval geschieden door de schuldeiser die voor de geldvordering beslag gelegd heeft. Door in dezelfde procedure als waarin hij afgifte of levering vordert tevens een voorwaardelijke veroordeling tot schadevergoeding te vragen voor het geval de afgifte mocht uitblijven, kan degene die recht heeft op de afgifte zich direct van een executoriale titel voor de vervangende schadevergoeding voorzien. (Vgl. artt. 1576x BW en 7.1.11.20 lid 2 NBW)

Het derde lid is opgenomen om "slimmigheidjes" te voorkomen in geval er twee of meer gerechtigden tot afgifte zijn. Door het tweede lid zou degene, wiens recht op afgifte voor dat van een andere gerechtigde zou moeten wijken, op de gedachte kunnen komen dat hij diens recht op afgifte zou kunnen vrijdelen door beslag tot verhaal van een geldvordering te leggen (i.c. die tot vervangende schadevergoeding op de schuldenaar waarop hij recht heeft omdat deze de zaak aan de ander moet afgeven) te leggen. Zou dit mogelijk zijn dan zou het recht van degene die voorgaat praktisch weinig te betekenen hebben en slechts

<sup>889</sup> Vgl. de Memorie van Toelichting blz. 71 en 75.

<sup>890</sup> Zie H. Stein, Adv.bl. 1981, blz. 108-109 voor vuistregels welke beslaglegger voorgaat bij botsing van beslagen; H. Stein, Goed beslagen, blz. 103-105. Zie ook par. 10.3.4.

theoretische waarde hebben. Aan de andere kant zou het echter ook onbillijk zijn om als twee of meer persoonlijk gerechtigden tot afgifte tegenover elkaar staan, de ene de zaak zelf te verschaffen en de andere(n) de mogelijkheid tot verhaal van zijn (hun) schadevergoeding daarop geheel te ontnemen; zeker als verhaal op andere goederen van de schuldenaar niet mogelijk is. Gekozen is daarom voor een "praktische" oplossing die ieder zoveel mogelijk recht doet: degene met het materieel sterkste recht op afgifte kan het verhaal voor de geldvordering waarop het tweede lid doelt, waardoor zijn recht verijdeld zou worden, voorkomen door andere goederen van de schuldenaar aan te wijzen die voldoende verhaal bieden voor de betreffende vordering(en). Geheel op zichzelf staat deze oplossing niet, ook in de artt. 1:96 lid 1 BW en 3.6.1.5b NBW vinden we voorbeelden van een dergelijke regeling.<sup>891</sup>

Bedacht moet worden dat de hier toegekende bevoegdheid niet jegens alle beslagleggers tot verhaal van een geldvordering gegeven is. Dat is ook niet noodzakelijk, want door de geldvordering van de beslaglegger te voldoen kan degene wiens recht op afgifte door een verhaalsbeslag bedreigd wordt zich beschermen. Op grond van art. 6 2.2.7 sub c wordt hij dan gesubrogeerd in de vordering en kan zo het betaalde bedrag van de schuldenaar terugvorderen. Daarom zal volgens de Memorie van Toelichting, blz. 76 niet al te snel misbruik van bevoegdheid mogen worden aangenomen als de schuldeiser de executie van de zaak doorzet, hoewel de gerechtigde tot afgifte een redelijk ander verhaalsobject aanwijst. Bedacht moet immers worden dat het opnieuw beslag leggen op andere verhaalsobjecten extra werk en kosten met zich meebrengt. Wie zou de extra kosten moeten dragen? Bovendien bestaat de mogelijkheid dat inmiddels ook op de andere verhaalsobjecten al beslag gelegd is, zodat wederom beslag gelegd moet worden op weer andere verhaalsobjecten.

#### 10.4.3 De artt. 730-737 NRv.

##### 10.4.3.1 Algemeen

De zevende afdeling van boek III, titel 4 regelt in de artt. 730-737 NRv.<sup>892</sup> blijkens de aanduiding boven deze bepalingen het conservatoir beslag tot afgifte van zaken en tot levering van goederen. Daarmee vindt een aanzienlijke uitbreiding van de huidige mogelijkheden plaats, want in het huidige recht geven alleen de artt. 721-726 Rv. (het revindicatoir beslag) een regeling voor het beslag inzake de verplichting tot afgifte. Niet alleen wordt gesproken over "ieder die

<sup>891</sup> Zie voor kritiek op de artt. 497 lid 3 en 736 lid 3: F.M.J. Jansen, De imperfectie van de perfectie, NJB 1986, blz. 1427 e.v., spec. blz. 1428-1429.

<sup>892</sup> Kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT blz. 122 e.v., nr. 141, VV I, blz. 10, nr. 141A MvA I, blz. 26-27; Mijnssen, blz. 25-28, 45, 62-64; Oudelaar, par. 132-136; H. Stein, Goed beslagen, blz. 55-57, 59-61, 64-66, 103-105; dez., Modellen van NBW beslagrequesten, Adv.bl. 1984, blz. 126-129, P.A.Stein, WPNR 5652 (1983), spec. blz. 314 e.v.; dez., Compendium, blz. 320, 336, 344, 345.

recht heeft op afgifte van een roerende zaak of levering van een goed", daarnaast wordt ook de mogelijkheid tot het leggen van conservatoir beslag voor toekomstige vorderingen tot afgifte en levering mogelijk gemaakt is. Behalve dat de art. 721-726 Rv. in deze algemene regeling zijn geïncorporeerd, is het van belang erop te wijzen dat ook de vordering tot opeising van een roerende zaak op grond van art. 5.1.4 NBW (de revindicatie) door deze afdeling bestreken wordt. Deze afdeling is voor ons van belang omdat hier het conservatoir beslag ter inleiding van een reële executie tot afgifte van roerende zaken of levering van goederen behandeld wordt. Dit conservatoir beslag resulteert in een executie tot afgifte conform de artt. 491-500 NRv. als het betreft de afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn, terwijl in de overige gevallen de executie door toepassing van het in art. 3.11.4 NBW geregelde kan worden tenuitvoergelegd.

Zoals hierboven in par. 10.3.4 bij de behandeling van art. 3.11.2a al aangeduid is, hebben de ontwerpers van het nieuwe recht aan de mogelijkheid van een conservatoir beslag tot levering de voorkeur gegeven boven het onder meer in de artt. 318 en 757 K en art. 6 WTL voor de levering van zee- en binnenschepen en vliegtuigen gehanteerde stelsel van inschrijving van een dagvaarding tot levering.

#### 10.4.3.2 De afzonderlijke bepalingen

Art. 730 NRv.<sup>993</sup> maakt een onderscheid tussen het recht op afgifte van een roerende zaak en het recht op levering van een goed. Daarmee bestrijkt dit conservatoir beslag een ruimer gebied dan het er mee corresponderende executoriale beslag dat op grond van art. 492 lid 1 jo 491 lid 1 NRv. slechts mogelijk is ter verkrijging van de afgifte van een roerende zaak die geen registergoed is. Zo is executoriaal beslag tot levering van een onroerende zaak niet, conservatoir beslag wel mogelijk. Er is dus geen revindicatoir beslag op onroerende zaken mogelijk. Dat is ook niet nodig omdat voor de levering van onroerende zaken in het algemeen een akte voorgeschreven is. Deze akte kan op grond van art. 3.11.4 NBW vervangen worden.

Bij het recht op afgifte van een roerende zaak kunnen we niet alleen denken aan een zakelijk recht op afgifte van een roerende zaak op grond van art. 5.1.4 NBW jegens de (ex)huurder na het einde van de huurovereenkomst of een persoonlijke vordering bij het einde van een overeenkomst jegens de lener, maar ook (wat voor de artt. 731 en 732 van belang is) aan het recht op afgifte dat degene die recht op levering van roerende zaken die geen registergoederen zijn heeft. In het laatste geval zal ex art. 3.4.2.5 lid 1 de levering via bezitsverschaffing moeten plaatsvinden.

Gaat het om een recht op levering dan moet allereerst gedacht worden aan de levering nodig voor de in de art. 3.4.2.4-3.4.2.7b NBW bedoelde goederen, maar daarnaast ook aan de levering noodzakelijk voor de vestiging en afstand van beperkte rechten op grond van art. 3.4.2.11 en voor de effectuering van de verdeling van een gemeenschap op grond van art. 3.7.1.14a NBW. Verder kan ook het recht op levering van roerende zaken die geen registergoederen zijn onder deze

<sup>993</sup> Zie ook steeds de behandeling in par. 10.4.2 van de corresponderende executoriale bepalingen.

omschrijving gebracht worden, wat van belang is voor het geval deze levering niet door afgifte tenuitvoergelegd wordt, omdat de zaken zich niet in de macht van de vervreemder bevinden, zodat de weg van art. 3.4.2.7a gekozen moet worden voor de levering.

Van belang is dat in art. 730 ook opgenomen is het geval dat iemand recht op afgifte of levering kan krijgen door een rechterlijke uitspraak tot vernietiging of ontbinding. Dit is van zo groot belang omdat in het huidige recht voor deze vooralsnog toekomstige vorderingen in het systeem van het conservatoir beslag geen oplossing te vinden is. Terecht wordt deze lacune opgevuld, of zoals de Memorie van Toelichting op blz. 123 zegt: "Het ligt in de lijn van het stelsel van reële executie van het Nieuw BW om deze op te vullen." De hier bedoelde categorie omvat vorderingen gebaseerd op overeenkomsten die reeds uitgevoerd zijn, maar naderhand vernietigd of ontbonden worden. Gaat het om vernietiging van de overeenkomst dan kunnen dit zowel zakelijke als persoonlijke (uit onverschuldigde betaling) vorderingen zijn, evenals bij de ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden (vgl. art. 6.5.3.11 NBW). Betreft het de ontbinding van een wederkerige overeenkomst op grond van art. 6.5.4.6 e.v. dan kunnen alleen de persoonlijke vorderingen gebaseerd op de artt. 6.5.4.14 en 15 ontstaan.

De conservatoire tegenhanger van art. 493 NRv., inzake het beslag op grond van een recht tot afgifte van naar de soort bepaalde zaken, vinden we in art. 731 NRv. In het artikel wordt aan de deurwaarder het recht toegekend de aan het recht beantwoordende hoeveelheid zaken van die soort uit te kiezen, tenzij de beslagene tijdig een redelijke andere keuze doet.

Hoewel het recht op afgifte slechts zal kunnen voortvloeien uit een recht op levering, is toch aan de term "recht op afgifte" de voorkeur gegeven, aangezien uitsluitend gedacht moet worden aan het geval van levering/bezitsverschaffing door een afgifte die zich voor effectuering door het beslag van dit artikel en de daarbij aansluitende executie leent. Op dit punt stemmen de artt. 493 en 731 overeen, zij het dat de redactie van art. 731 iets van die van zijn executorialie tegenhanger afwijkt, wat te verklaren is omdat in het executorialie geval de rechter in de regel al beslist heeft aan wie de keuze toekomt en in het conservatoire geval meestal nog niet.

Art. 732 NRv. maakt conservatoir beslag mogelijk in de gevallen waarin volgens art. 494 executorial beslag gelegd kan worden, namelijk als het een recht op afgifte van te velde staande vruchten of beplantingen van een onroerende zaak betreft. De tweede zin van het artikel bevat in verband met art. 451 NRv. een vereenvoudiging door de mogelijkheid te openen dat tegelijk met het verlof tot het leggen van het beslag aan de president gevraagd kan worden een deskundige te benoemen.

Het leggen van conservatoir beslag door degene die de verdeling van een gemeenschap kan vorderen heeft een regeling in art. 733 NRv. gevonden. Achtergrond van de bepaling is dat een deelgenoot in een gemeenschap of iemand anders die de verdeling van de gemeenschap kan vorderen (bijv. iemand die een beperkt recht op een aandeel van een deelgenoot heeft, zoals een vruchtgebruiker), ervoor moet kunnen zorgen dat de goederen van de gemeenschap niet kunnen worden weg-gemaakt. Niet alleen heeft hij er in het algemeen belang bij dat het

gemeenschappelijk te verdelen of gebruiken vermogen niet verminderd, maar ook kan hij een bijzonder belang hebben dat een of meer bepaalde tot de gemeenschap behorende goederen aan hem worden toebedeeld. Voor dit laatste valt te denken aan een persoonlijke affectie of het gebruik in beroep of bedrijf. Via de beheersregeling ex artt. 3.7.1.2 NBW kan hij zich tegen vermindering in het algemeen beveiligen, voor de bescherming van het bijzonder belang dient art. 733. Het beslag dient dan als inleiding voor een verdelingsvordering op grond van art. 3.7.1.9 NBW. Om te benadrukken dat hier slechts het bijzondere belang bescherming verdient, is in het artikel de zinsnede opgenomen dat slechts goederen in beslag genomen kunnen worden "voorzover zij in het bijzonder in aanmerking komen om aan hem of aan de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, te worden toegedeeld."

Het beslag door een beperkt gerechtigde of een schuldeiser die op grond van art. 3.7.2.2b NBW verdeling kan vorderen, heeft tot gevolg dat door de deelgenoten gezamenlijk verrichte beschikkingshandelingen niet tegen de beslaglegger ingeroepen kunnen worden. Komt men voordien niet tot overeenstemming dan zal het beslag resulteren in een door de rechter op grond van art. 3.7.1.14 NBW (*adiudicatio*) vast te stellen verdeling. Het tweede lid van art. 733 NRv. zegt daarom "het beslag vervalt, naarmate de goederen aan een ander worden toege-deeld." Het beslag heeft dan immers alle zin verloren. Vindt de toede-ling echter plaats aan de beslaglegger of de deelgenoot dan blijft het beslag in stand tot het goed overeenkomstig de verdeling geleverd is, zoals art. 735 NRv. bepaalt.

Aangezien het beslag op grond van art. 733 strekt tot bewaring van een recht op levering van bepaalde goederen die men hoopt toegedeeld te krijgen en niet tot bewaring van alle tot de gemeenschap behorende goederen, kan dit beslag niet met het maritaal beslag op grond van de artt. 808 e.v. NRv. gelijkgesteld worden.

Art. 734 NRv. houdt een van overeenkomstige toepassingsverklaring in van een groot aantal bepalingen betreffende het conservatoir beslag tot verhaal van geldvorderingen zoals dat in de voorgaande afdelingen van deze titel geregeld is. De uitgezonderde bepalingen spreken voor zich. Het tweede lid stemt overeen met het huidige art. 725 lid 2 Rv. voor revindicatoir beslag, terwijl het derde lid een correctie bevat op de eventuele toepasselijkheid van art. 474b NRv. dat krachtens het eerste lid jo de artt. 713 en 714 in beginsel van overeenkomstige toepassing zou zijn. Het vierde lid geeft tot slot een aanvulling op het tweede lid van art. 700 NRv. en houdt in dat geen vrees voor verduistering gesteld hoeft te worden in het verzoekschrift aan de president.

Hierboven bij art. 733 is art. 735 NRv. al genoemd. Het artikel houdt in het eerste lid in, dat een beslag als bedoeld in de artt. 730-734, gelegd ter verkrijging van de levering van een goed, van kracht blijft totdat hetzij de levering heeft plaats gevonden, hetzij zes maanden zijn verstreken nadat in de hoofdzak een beslissing is verkregen die een executoriale titel oplevert en die in kracht van gewijsde is gegaan. Daarmee is een correctie aangebracht op art. 704 NRv. in welk artikel ervan uitgegaan wordt dat er een met het conservatoir beslag corresponderend executoriaal beslag bestaat waarin het conservatoir beslag kan overgaan. Bij een conservatoir beslag tot levering van een goed ontbreekt echter een dergelijk executoriaal beslag, zodat een aanvulling gegeven diende te worden. In de regel zal de levering plaats vin-

den doordat de schuldeiser de beschikking krijgt over een rechterlijke uitspraak die op grond van art. 3.11.4 NBW in de plaats kan treden van de voor de levering benodigde akten en waarmee vervolgens de verdere voor de levering nodige handelingen vervuld kunnen worden. Die nadere formaliteiten zijn de inschrijving in de openbare registers conform art. 3.4.2.4 NBW, dan wel de mededeling aan degene tegen wie het te leveren recht moet worden uitgeoefend conform art. 3.4.2.7 als het de levering van een vordering op naam betreft.

Door te bepalen dat het beslag niet langer op het goed blijft rusten dan gedurende zes maanden nadat de door de beslaglegger verkregen executoriale titel in kracht van gewijsde is gegaan, wordt voorkomen dat het beslag al te lang blijft liggen. Is de beslissing waarbij de eis in de hoofdzaak afgewezen is c.q. het benodigde exequatur geweigerd is, in kracht van gewijsde gegaan, dan vervalt het beslag op grond van art. 704 lid 2 NRv. van rechtswege.

Het tweede lid van deze bepaling maakt duidelijk dat ook een beslag op een roerende zaak die geen registergoed is over kan gaan in een executoriaal beslag zoals bedoeld in art. 492, indien de door de beslaglegger verkregen executoriale titel tot afgifte strekte, zodat de deurwaarder de zaak onder zich kan nemen, mits er geen ander beslag op de zaak rust, en af kan geven aan degene die haar hoort te ontvangen.

De samenloop van beslagen komt aan de orde in art. 736 NRv., welke bepaling correspondeert met art. 497 NRv. Is er cumulatie met een ander conservatoir beslag dan zal een executiegeschil op grond van art. 705 NRv gevoerd moeten worden, terwijl als het een cumulatie met een executoriaal beslag betreft art. 438 NRv. de basis voor het executiegeschil zal vormen. Veel verschil zal dat echter niet maken, omdat in beide gevallen de mogelijkheid bestaat het conflict in kort geding te laten beslechten, danwel door de gewone rechter te laten behandelen. Het tweede en derde lid spreken in feite voor zich en houden twee billijke regels in. Bij cumulatie van een beslag tot verhaal van een geldvordering met een beslag tot afgifte geldt het laatstgenoemde beslag tevens als een conservatoir beslag gelegd tot verhaal van de vordering tot vervangende schadevergoeding wegens uitblijven van de afgifte of levering. Verder geldt een beslag tot verhaal van een vordering tot vervangende schadevergoeding wegens het uitblijven van de afgifte of levering niet tegen de legger van een beslag tot verkrijging van de afgifte of levering van hetzelfde goed, als deze andere goederen van de beslagene aanwijst die voldoende verhaal voor de vordering bieden.

Een bijzondere vorm van conservatoir beslag, het Paulianabeslag, is te vinden in art. 737 NRv, welk beslag vooruitlopend op de vernietiging door de rechter gelegd kan worden op de goederen die door de paulianeuze rechtshandeling aan het verhaal door de schuldeisers onttrokken zijn. Nu de ruime Pauliana blijkens de toelichting op art. 3.2.11 NBW (PG boek 3, blz. 216-217) niet in het nieuwe recht geaccepteerd wordt, dient het beslag er allereerst voor om het goed feitelijk in handen te krijgen. Is na het leggen van het beslag de bestreden rechtshandeling door de rechter vernietigd en het goed weer teruggekeerd in het vermogen van de schuldenaar, dan gaat het beslag op grond van het tweede lid over in een conservatoir beslag tot verhaal van de geldvordering of als voldaan is aan het door art. 704 lid 1 NRv. geeiste in een executoriaal beslag met dezelfde inhoud. Het in art. 737 geregelde Paulianabeslag is daarmee in feite een mengvorm tussen de zevende afdeling en de daaraan voorafgaande afdelingen van boek III, titel 4.

Waar art. 3.2.13 ook de buitengerechtelijke vernietiging door een verklaring van de schuldeiser mogelijk acht, gaat art. 737 uit van een rechterlijke vernietiging. Art. 700 lid 3 geldt ook voor dit soort beslag en spreekt over een eis in de hoofdzaak, waarmee is bedoeld de vordering tot vernietiging. Aldus maakt art. 737 een inbreuk op art. 3.2.13 en staat het artikel gelijk met art. 3.2.14 lid 2.

#### 10.4.4 Gedwongen ontruiming

Naar de systematiek van het NBW en NRv. is de gedwongen ontruiming<sup>894</sup> door de opneming in boek II, derde titel (van de gerechtelijke tenuitvoerlegging op onroerende zaken), zesde afdeling (van gedwongen ontruiming) te beschouwen als de afgifte van een onroerende zaak,<sup>895</sup> maar m.i. vertoont deze rechtsfiguur meer overeenkomsten met de rechterlijke machtiging tot het verrichten van een handeling. We zouden de gedwongen ontruiming als een gelegaliseerde vorm van "inpijken" kunnen beschouwen: de deurwaarder fungeert als dwang-vertegenwoordiger ex art. 3.11.4 NBW van de beslagschuldenaar. In het stelsel van NRv. is de gedwongen ontruiming de veroordeling tot afgifte van een onroerende zaak. Die veroordeling kan zich richten tegen de ex-eigenaar die de onroerende zaak verkocht, of een huurder die het huurbeding van art. 3.9.4.8 NBW tegen zich moet laten werken, omdat zijn huurovereenkomst gesloten is na de verhypothecering, maar ook kan gedacht worden aan geëindigde erfpacht (vgl. HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323), onderhuur met eindigende hoofdhuur (vgl. HR 29 november 1985, NJ 1986, 276) en krakers.

Kent Rv. tot nu toe geen algemene regeling voor de gedwongen ontruiming (de artt. 123 en 124 Rv. gelden slechts in enige bijzondere gevallen en zijn verouderd), de artt. 555-558 NRv.<sup>896</sup> brengen die algemene regeling wel. Samen met de artt. 491-500 en 730-737 wordt door de artt. 555-557 aan art. 3.11.2 NBW een uitwerking gegeven die bovendien lid 1 van die bepaling vervangt. Art. 558 bevat een aanvulling op art. 3.11.3 NBW.

Art. 555 NRv. houdt in dat de gedwongen ontruiming voorafgegaan moet worden door een deurwaardersexploot waarin het bevel gegeven moet worden om binnen drie dagen aan de executoriale titel te voldoen. Daarnaast worden de artt. 502 en 503 NRv. van overeenkomstige toe-

<sup>894</sup> Vgl. kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT, blz. 70 en 91 e.v.; H. Oudelaar, *Gedwongen ontruiming*, Adv.bl. 1983, blz. 150-160; dez., *Recht halen*, par. 18, 19 en 28; H. Stein, *Goed beslagen*, blz. 69-70; dez., *Ontruimingsgeschillen*, Adv.bl. 1986, blz. 309 e.v.; P.A. Stein, *Hypotheek*, blz. 233-234. (Zie ook de regeling van het Ontwerp Rv. 1865 in het vijfde boek, titel IX, zoals opgenomen in preadviezen NJV 1900, I, blz. 87-88 en 149-150.)

<sup>895</sup> Betekent dit dat de ontruiming van roerende zaken als een boot of een caravan niet meer mogelijk zal zijn? M.i. zal die mogelijkheid blijven bestaan, in ieder geval zullen deze bepalingen naar analogie toepasselijk zijn, al zou wetswijziging te overwegen zijn. Zie ook par. 4.3.2.5.

<sup>896</sup> In art. 554 Ontwerp 1920 vinden we een bepaling die betrekking heeft op de gedwongen ontruiming van onroerende goederen of van de in de registers ingeschreven schepen.

passing verklaard. De executoriale titel moet op grond van art. 430 lid 3 NRv. aan de wederpartij betekend worden om deze alsnog in de gelegenheid te stellen binnen twee dagen (vgl. art. 502 lid 1) aan zijn verplichtingen te voldoen. Aangezien de termijn van art. 555: drie dagen, langer is dan die van art. 502: twee dagen, is art. 2 Algemene termijnenwet van toepassing en krijgt de geexecuteerde voor de ontruiming in ieder geval twee dagen die niet een zaterdag, zondag of algemene feestdag zijn.

Meestal zal de executoriale titel bestaan in de grosse van een rechterlijke uitspraak, maar ook de authentieke akten kunnen een executoriale titel opleveren (vgl. art. 430 lid 1 NRv. en par. 7.3 e.v.), bijvoorbeeld wanneer notarieel vastgelegd is dat de betrokkene van 1 september tot 1 december in het huis van de verkoper mag wonen, maar uiterlijk op deze laatste datum vertrokken moet zijn.<sup>997</sup>

Zoals gezegd moet betekening op grond van art. 430 lid 3 NRv. plaats vinden aan de wederpartij. Daarbij kunnen zich bij eenzelfde feitencomplex verschillende situaties voordoen. Nemen we als uitgangspunt een gekraakt pand dan kunnen de krakers gedagvaard worden (in welk geval de uitspraak aan hen betekend moet worden), maar de koper kan ook de verkoper aanspreken om het pand leeg op te leveren. In dat geval hoeft de betekening slechts aan de verkoper te geschieden en staan de krakers daar verder buiten. Toevalligerwijze kunnen zij op de hoogte zijn van de procedure, maar het kan ook een grote verrassing zijn. Het lijkt me dat bij zo'n procedure tussen koper en verkoper betekening van de uitspraak aan de feitelijke bewoners noodzakelijk is, om hen de gelegenheid te geven alsnog te vertrekken. De redelijkheid en billijkheid brengt dit ook met zich mee; onverwacht bezoek is niet altijd welkom! Daarom zou de rechter m.i. in het vonnis moeten bepalen dat de uitspraak pas tenuitvoer gelegd kan worden na het verstrijken van een zekere termijn nadat de uitspraak aan de feitelijke bewoners betekend is c.q. betekening door hen geweigerd is. De betekening kan via een deurwaarder of een postbode geschieden. Wordt de betekening door de feitelijke bewoners geweigerd, dan mag aangenomen worden dat zij weten wat hen boven het hoofd hangt. Bestaat een te ontruimen pand uit meer aparte wooneenheden, dan zal meer dan één exploit betekend moeten worden. Overigens realiseer ik me terdege dat de feitelijke bewoners zo ook in de gelegenheid gesteld worden nog enkele versterkingen aan te brengen, maar ook krakers zijn mensen ...

Uit de verwijzing naar de artt. 502 en 503 NRv. in art. 555 volgt dat:

- de door art. 555 geeiste termijn van drie dagen ook op mondeling verzoek van de deurwaarder door de president van de rechtbank verkort kan worden zo daartoe gronden zijn (art. 502 lid 1);
- de voorgescreven betekening van de executoriale titel en het bevel daar aan te voldoen bij een deurwaardersexploit gedaan kunnen worden (art. 502 lid 3);
- de executant tot het einde van de executie woonplaats moet kiezen ten kantore van de deurwaarder, zodat de geexecuteerde die nog mogelijkheden heeft om tegen de dreigende ontruiming op te komen dit op een eenvoudige wijze kan doen. Daarnaast (niet in plaats van) kan woonplaats gekozen worden ten kantore van een advocaat in Nederland (art. 502 lid 4) en

<sup>997</sup> Vgl. HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323 inzake een geëindigd erfpachtsrecht.



- de ontruiming binnen een jaar na gedaan bevel tot ontruiming moet geschieden, of dat anders het bevel hernieuwd moet worden (art. 503).

Opmerking verdient dat niet-inachtneming van de voorschriften nietigheid tot gevolg heeft.<sup>998</sup> Wordt echter toch ontruimd en staat de (ex)bewoner op straat dan is herstel in de oude toestand niet mogelijk wanneer het huis inmiddels gesloopt is of wanneer het huis opnieuw verhuurd is.<sup>999</sup> Maar zelfs al zou feitelijk herstel wel mogelijk zijn, dan is het hoogst twijfelachtig of herstel in de oude toestand ook werkelijk plaats zal vinden. Dat de vordering daartoe zal worden toegewezen is niet aannemelijk als de rechter tot de voor de hand liggende conclusie komt dat de feitelijke bewoner onrechtmatig in het pand verbleef. Te verwachten valt dat de rechter er niet aan zal meewerken dat een onrechtmatige situatie opnieuw in het leven geroepen zal worden. Dat de gedwongen ontruiming door een deurwaarder moet geschieden wordt door art. 556 lid 1 NRv. nog eens uitdrukkelijk vermeld. Dit is een van de weinige voorschriften die aan de wijze van ontruiming gewijd zijn. Volgens de Memorie van Toelichting, blz. 92, vloeit uit de bepaling voort dat de deurwaarder bevoegd is te doen wat redelijkerwijs nodig is om de ontruiming te bewerkstelligen. Daarbij wordt verwezen naar HR 30 januari 1928, NJ 1928, 215, welk arrest voornamelijk bekendheid geniet als voorbeeld van de niet-strafbaarheid bij het begaan van een feit ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (art. 42 Sr.). Wat redelijkerwijs nodig zal zijn, is (zoals zo vaak in het nieuwe recht) slechts van geval tot geval te beoordelen. Wat in het ene geval nog wel redelijk zal zijn, kan onder iets afwijkende omstandigheden net niet meer redelijk zijn. Treedt de deurwaarder buiten zijn bevoegdheid door moedwillig vernielingen aan te richten die niet nodig zijn, dan pleegt hij een onrechtmatige daad en kan hij uit dien hoofde tot betaling van schadevergoeding worden veroordeeld.<sup>900</sup>

Op dezelfde bladzijde geeft de Memorie van Toelichting aan dat de beantwoording van de vraag met welke goederen en welke personen de geexecuteerde tot ontruiming moet overgaan, niet in de wet te beantwoorden valt, maar dat dit aan de rechter overgelaten moet worden die in zijn ontruimingsvonnis een uitspraak daaromtrent kan doen. Zou onvoldoende duidelijkheid bestaan, dan kan dit via een executiegeschil ex art. 438 NRv. opgehelderd worden.

Een verandering met het huidig recht valt niet te verwachten; de huidige jurisprudentie zal van belang blijven.<sup>901</sup>

<sup>998</sup> Vgl. MvT, blz. 26 ad art. 430 NRv.

<sup>999</sup> Zie hierboven hetgeen opgemerkt is in par. 10.3.4 t.a.v. art. 3.11.2a; Hof Arnhem 17 november 1954, NJ 1955, 229; Hof Amsterdam 20 maart 1969, NJ 1969, 288.

<sup>900</sup> Vgl. HR 20 november 1981, NJ 1982, 174.

<sup>901</sup> Vgl. echter Pres. rb. Amsterdam 19 december 1985, KG 1986, 37 die (m.i. ten onrechte) meent dat door de gedeeltelijke invoering van de Leegstandwet per 1 januari 1986 de Huidenstraatmethode niet meer mogelijk is, welke uitspraak op dit punt vernietigd werd door Hof Amsterdam 20 februari 1986, KG 1986, 158. Ook Pres. rb. Arnhem 10 april 1986, KG 1986, 200 acht de Huidenstraatmethode nog mogelijk. Zie ook HR 29 november 1985, NJ 1985, 276: onder "de zijnen" valt ook de onderhuurder.

Het huidige artikel 124 Rv. eist de bijstand van twee door de kantonrechter te benoemen getuigen voor de deurwaarder. De gedachte hierachter was enerzijds de bescherming van de deurwaarder wanneer de geëxecuteerde weerstand zou bieden en anderzijds dat de executant beschermd moest worden tegen samenspanning van deurwaarder en geëxecuteerde.<sup>902</sup> Beide gronden zijn inmiddels achterhaald: de laatste omdat aan de onkreukbaarheid van de deurwaarder niet getwijfeld hoeft te worden, de eerste omdat de politie beter bijstand kan verlenen. Daarnaast was het voor de deurwaarder vaak moeilijk geschikte getuigen te vinden. Nadat de wet van 8 december 1971, Stb. 717, deze verplichting in een groot aantal artikelen facultatief stelde, wordt nu ook in art. 556 NRv. de bijstand van een of twee getuigen niet meer dwingend voorgeschreven. Dat van deze bevoegdheid veel gebruik gemaakt zal worden valt te betwijfelen. Gebeurt dit, dan moet(en) de getuige(n) het proces-verbaal van de ontruiming mede-ondertekenen.

Een andere verplichting van de deurwaarder blijft echter bestaan. Art. 13 lid 2 Deurwaardersreglement vraagt van de deurwaarder om voordat hij tot ontruiming overgaat, het college van B en W van de betrokken gemeente zo spoedig mogelijk mee te delen wanneer hij tot ontruiming zal overgaan.

Art. 557 NRv. is kort samen te vatten als "opening van de deuren". Dit artikel is hier opgenomen omdat volgens de Memorie van Toelichting, blz. 92, een vergelijkbare regel in het huidige recht node gemist wordt. In de bepaling wordt verwezen naar art. 444 NRv., welk artikel van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Dit art. 444 stemt vrijwel overeen met het huidige art. 444 Rv. en maakt binnentreden tegen de wil van de bewoner mogelijk wanneer de deurwaarder beslag op roerende goederen wil leggen, maar de geëxecuteerde weigert hem toe te laten. Als waarborg wordt geeist dat de deurwaarder zich laat vergezellen door de burgemeester of een hoge politiefunctionaris en dat in het proces-verbaal van de ontruiming van diens aanwezigheid en van wat in diens aanwezigheid geschied is, melding wordt gemaakt. Dat de nu opgenomen regel volgens de MvT zo gemist werd, slaat op de verplichting van art. 172 oude GW en 12 GW, waar geeist wordt dat de wet de gevallen regelt waarin tegen de wil van de bewoner zijn woning betreden mag worden.<sup>903</sup>

Het laatste artikel van deze afdeling, art. 558 NRv., bevat een aanvulling op art. 3.11.3 NBW om ervoor te zorgen dat de geëxecuteerde de toepassing van dat artikel niet kan vrijdelen door het bieden van feitelijke weerstand. Zou art. 558 NRv., en daarmee het van overeenkomstige toepassing verklaren van de artt. 555-557 NRv., niet opgenomen zijn dan zou de bevoegdheid van art. 3.11.3 NBW om na rechterlijke machtiging zelf te bewerkstelligen wat de wederpartij naliet al snel tot een illusie gemaakt kunnen worden wanneer de ontruiming van onroerend goed daarbij nodig zou zijn. Zo zou de verkoper van een huis door spijt overvallen een aantal kennissen de woning kunnen laten

<sup>902</sup> Vgl. kamerstuk 10.924, nr. 3, MvT, blz. 1 en 2 (leidend tot de wet van 8 december 1971, Stb. 717).

<sup>903</sup> Vgl. wetsontwerp 19.013, binnentreden in woningen; G.H.H. Hagelstein, Grondwettelijke aspecten van het huisrecht, TvO 1986, blz. 4-8 en 32-36; E. Janse de Jonge en P. Zontjes, Naar een algemene wet op het binnentreden, NJB 1986, blz. 574-578.

betrekken. Deze zouden zich op het huisrecht kunnen beroepen. De nu opgenomen bepaling sluit dit uit door zich niet alleen tot degene die bij vonnis tot ontruiming veroordeeld is te richten, maar ook tot derden die bij de executie betrokken zijn.

Aangezien onder invloed van onder meer de uitbreiding van de mogelijkheid tot reële executie in het nieuwe recht een nieuwe regeling tot stand gebracht wordt voor de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in de artt. 52-54 NRv., uit welke regeling volgt dat elke veroordeling tot ontruiming uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard, is geen bijzonder voorschrift opgenomen in deze afdeling die dit inhoudt, zoals de huidige artt. 53 sub 3 en 123 Rv. en 41 lid 2 RO dit uitspreken. Ook de in art. 123 Rv. vermelde uitvoerbaarheid op de minuut kan vervallen, nu daar geen behoefte meer aan bestaat, aangezien het vervaardigen van een grosse dankzij de huidige copieermogelijkheden nauwelijks meer vertragend hoeft te werken.<sup>904</sup>

Een laatste opmerking over dit onderwerp. Niet alleen de wet van 7 mei 1986, Stb. 295 bevat allerhande wijzigingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ook de Leegstandwet (wet van 21 mei 1981, Stb. 337) wijzigt Rv. Zoals bekend is deze wet slechts voor een beperkt deel ingevoerd.<sup>905</sup> Zo is per 1 januari 1986 (Stb. 1985, 566) een nieuw art. 438b aan Rv. toegevoegd, waarin, kort gezegd, geregeld wordt dat de rechter in zijn vonnis kan bepalen dat de ontruiming van gebouwd onroerend goed binnen een door hem te bepalen termijn niet tenuitvoergelegd kan worden. Het lijkt me aan te bevelen om dit artikel bij de invoering van een op grond van de wet van 7 mei 1986, Stb. 295 gewijzigd Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering over te brengen van de algemene regels van het tweede boek, naar de regels omtrent de gedwongen ontruiming en wel als art. 559. De bepaling sluit immers veel beter aan bij de in deze paragraaf behandelde artikelen.<sup>906</sup>

## 10.5 OVERIGE BEPALINGEN DIE TE MAKEN HEBBEN MET REELE EXECUTIE

<sup>904</sup> Vgl. Pres. rb. Haarlem 27 oktober 1961, NJ 1962, 296 en 18 juli 1984, KG 1984, 233. Zie ook Pres. rb. Arnhem 1 februari 1984, KG 1984, 68.

<sup>905</sup> Zie Asser-Abas, no. 375 e.v.; M.E.L. Fikkers-van der Spek, De leegstandwet: verknippte wetgeving, BW-krant jaarboek 1986, blz. 49-77 (over art. 438b: blz. 72-73), P.A.M. Meijknecht, De Leegstandwet, Ars Aequi 1986, blz. 536 e.v. (over art. 438b: blz. 542-543) en J.A. de Mol, Leegstandwet gedeeltelijk in werking getreden, Nederlands tijdschrift voor sociaal recht 1986, blz. 12-15.

<sup>906</sup> Vgl. ook Mijnsen, blz. 27.

### 10.5.1.1 Art. 3.1.2.2. NBW: inschrijving bepaalde feiten

In art. 3.1.2.2 NBW<sup>907</sup> wordt een regeling gegeven opdat behalve de feiten waarvan inschrijving krachtens een andere wetsbepaling mogelijk is, ook de in het eerste artikellid met name genoemde feiten ingeschreven kunnen worden in de openbare registers. Zo worden onder sub a. genoemd rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengen of in enig ander opzicht voor de rechtstoestand van belang zijn; onder sub e. rechterlijke uitspraken die de rechtstoestand van registergoederen of de bevoegdheid daarover te beschikken betreffen, mits zij uitvoerbaar bij voorraad zijn of een verklaring van de griffier wordt overgelegd, dat daartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat of dat hem drie maanden na de uitspraak niet van het instellen van een gewoon rechtsmiddel is gebleken, benevens de tegen de bovenbedoelde uitspraken ingestelde rechtsmiddelen; en onder sub g. executoriale en conservatoire beslagen op registergoederen.

Dat het artikel spreekt van feiten en niet over rechten die in de registers kunnen worden ingeschreven houdt verband met het door de ontwerpers gekozen beginsel. Zij zijn de (m.i. goed te verdedigen) mening toegedaan dat niet zozeer de rechten zelf als wel de feiten die voor het ontstaan en tenietgaan van rechten van belang zijn, zodat deze ingeschreven behoren te worden. Direct wordt toegegeven (PG boek 3, blz. 115) dat vele van die rechtsfeiten naast een feitelijk ook een juridisch element bevatten en dat het ook mogelijk is dat het aanwezig zijn van een rechtsfeit moeilijk zonder juridische waardering kan geschieden.<sup>908</sup> Dat doet echter niets af aan de gemaakte keuze.

Onder a wordt begonnen met het vermelden van de hoofdregel. Van de daarna genoemde feiten is met name het sub e aangeduide van belang, nu het de inschrijving van rechterlijke uitspraken betreft. Gaat het om constitutieve uitspraken ten aanzien van registergoederen dan schrijft de wet meestal hun inschrijving voor als voorwaarde voor het intreden van het beoogde gevolg. We kunnen met name denken aan art. 3.11.4a NBW. Betreft het declaratoire uitspraken dan kan van groot belang zijn dat de inschrijving ervan volgt. Uiteraard zullen die uitspraken voor tenuitvoerlegging vatbaar moeten zijn, wat bij een declaratoir vonnis in beginsel mogelijk is aangezien de tenuitvoerlegging hier juist bestaat uit de door dit artikel mogelijk gemaakte inschrijving in de registers. In het Voorlopig Verslag deed de Tweede Kamer de suggestie de inschrijving voor elke einduitspraak mogelijk te maken: voor derden is het toch steeds van belang te weten wat er gaande is met betrekking tot een registergoed. Zou de inschrijving facultatief en niet verplicht zijn, dan zou slechts een deel van de voor inschrijving vatbare uitspraken ook daadwerkelijk ingeschreven worden, hetgeen niet tot een overbelasting van de openbare registers zou leiden. De

<sup>907</sup> Vgl. PG boek 3, blz. 114 e.v.; wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT, blz. 15, nr. 6, Nota van Wijziging blz. 7-8, nr. 9, VV II, blz. 1-3, nr. 10, MvA II, blz. 5-8; Asser-Beekhuis I, no. 409, 419, 441, 442, 444 en 465; Asser-Beekhuis II, blz. 151, 156 en 260; Asser-Hartkamp I, no. 187 en 608; Asser-Hartkamp II, no. 470.

<sup>908</sup> Bijv. de verkrijging van een recht door erfopvolging.

minister wees een uitbreiding van de hand: niet alleen verdient het aanbeveling de registers niet onnodig met inschrijvingen te belasten, bovendien zou de inschrijving van rechterlijke uitspraken, die noch in kracht van gewijsde zijn gegaan noch uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, bij het publiek een onjuiste indruk kunnen wekken omtrent een door zo'n uitspraak geschapen verandering in de rechtstoestand. Op dit standpunt is de minister inmiddels gedeeltelijk teruggekomen en nu wordt niet langer de eis gesteld dat de uitspraak in kracht van gewijsde gegaan is, maar moet in plaats hiervan een griffiersverklaring overgelegd worden. Daarnaast is een nadere uitwerking in art. 26 Kadasterwet opgenomen.

Ik acht het antwoord van de minister niet overtuigend en zou het liefste zien dat in ieder geval voor de koper van een onroerende zaak de mogelijkheid geopend wordt zijn recht op levering in de openbare registers te doen inschrijven met zakelijke werking. Een na die inschrijving plaatsvindende levering of bezwaring van die zaak kan dan niet meer ten nadele van de koper werken, tenzij deze plaatsvindt op grond van een overeenkomst die voordien was ingeschreven of op grond van openbare eigenmachtige of executoriale verkoop ten verzoeken van een hypothecaire schuldeiser of beslaglegger die zijn recht ontleent aan een hypotheekakte c.q. beslag dat voordien ingeschreven was. Door computerisering van de openbare registers gekoppeld aan een korte geldigheidsduur van de inschrijving met verval van rechtswege na afloop van de geldigheidsduur zal er geen overbelasting plaats vinden.

Naar mijn mening is het echter geen ramp als een dergelijke inschrijving niet op art. 3.1.2.2 lid 1 sub e te baseren valt. Het in dit artikel sub f genoemde houdt in, dat inschrijving mogelijk is van "instelling van rechtsvorderingen en indiening van verzoekschriften ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak die de rechtstoestand van een registergoed betreft". Nu vermeldt de Toelichting (PG boek 3, blz. 116) dat buitengerechterlijke waarschuwingen, de zgn. Vormerkungen, niet voor inschrijving vatbaar zijn, omdat het eenzijdige handelingen van een der partijen betreft, waardoor de belangen van de wederpartij onevenredige schade zouden kunnen lijden. Met Elders<sup>909</sup> ben ik echter van mening dat dit argument niet opgaat als ter gelegenheid van het opmaken van de koopovereenkomst een notariële volmacht zou worden opgemaakt waarbij de verkoper de koper machtigt van de overeenkomst een aantekening in de registers te doen plaatsen. Zou de verkoper weigeren aan een dergelijke volmacht mee te werken dan zou dit voor de koper aanleiding kunnen zijn van de koop af te zien.<sup>910</sup> Er is geen reden om inschrijving van dergelijke tweezijdige stukken niet toe te laten nu eenzijdige stukken als dagvaardingen en verzoekschriften wel op grond van het sub f. gegeven criterium ingeschreven kunnen worden.

In ieder geval zal het sub f. genoemde een oplossing kunnen bieden voor de koper van een onroerend goed om de verkoper tot levering aan te zetten. Evenals de huidige wettelijke regelingen met betrekking tot schepen en vliegtuigen en voor de vordering tot vastlegging van

<sup>909</sup> J. Elders, De bescherming van de koper van onroerend goed naar komend recht, WPNR 5683 (1984); zie ook Hartkamp, Compendium, no. 53.

<sup>910</sup> Misschien kan de volmacht tot het doen van een dergelijke aantekening ook gerubriceerd worden onder sub a. van dit artikel.

een huurkoopovereenkomst terzake van onroerend goed<sup>911</sup> dit al inhouden, zal het mogelijk zijn de dagvaarding tot levering in de registers op te nemen en daardoor de kopers rechten jegens derden bindend vast te leggen. Vgl. ook art. 39 Kadasterwet.<sup>912</sup> De in art. 3.1.2.2 sub g. genoemde mogelijkheid tot inschrijving van executoriale en conservatoire beslagen op registergoederen maakt het onder meer mogelijk dat als op grond van art. 730 Nrv. conservatoir beslag gelegd is, dit in de registers in te schrijven.

#### 10.5.1.2 Doorhaling en waardeloosverklaring van inschrijvingen

In het huidige recht is slechts een mogelijkheid gegeven om tot roeyement van waardeloze (d.w.z. zonder enig rechtens belang) inschrijvingen te komen, namelijk door bij hypothecaire inschrijvingen de weg van art. 1239 BW te openen. Steeds is een uitbreiding van de mogelijkheid van doorhaling door de rechtspraak afgewezen.<sup>913</sup>

Gelukkig bieden de artt. 3.1.2.10 en 10a NBW voor het nieuwe recht een algemene mogelijkheid om tot waardeloosverklaring te komen,<sup>914</sup> want er bestaan vele inschrijvingen in de registers die geen enkele waarde meer hebben. Door de mogelijkheid op te nemen tot het verkrijgen van een rechterlijk bevel tot doorhaling van een inschrijving als deze niet meer beantwoordt aan de werkelijkheid, wordt ook de rechtszekerheid gediend. Natuurlijk kan door de wetgever in plaats van de nu gekozen mogelijkheid een nieuwe inschrijving van alle nog bestaande rechten geeist worden na verloop van een zekere tijdsperiode of kan ook ambtshalve doorhaling vinden van de inschrijvingen die niet periodiek vernieuwd zijn, maar die twee oplossingen zijn duurder en omslachtiger.

Doordat in art. 3.1.2.10a uitgesproken wordt dat de rechter de waardeloosheid van de inschrijving moet uitspreken, wordt goed aangesloten bij het stelsel van art. 3.11.4, want deze uitspraak moet geacht worden in de plaats te treden van de verklaringen van waardeloosheid zoals bedoeld in art. 3.1.2.10. Daarom ook is in lid 4 bepaald dat het vonnis na inschrijving de bewaarder tot doorhaling machtigt (van hypotheek en beslagen op registergoederen, maar niet van andere akten) zoals de gezamenlijke verklaringen van waardeloosheid op grond van art. 3.1.2.10 lid 2 dit doen.

<sup>911</sup> Artt. 318 en 757 K, 6 WTL en 4 Tijdelijke Wet huurkoop onroerend goed.

<sup>912</sup> Vgl. HR 27 april 1984, NJ 1984, 680 over de vordering in kort geding door faillissementscurator tegen buiten gemeenschap gehuwde echtgenote van gefailleerde en strekkende tot verkrijging van een voorlopige voorziening gegrond op de faillissementspauliana.

<sup>913</sup> Vgl. HR 9 juni 1905, W 8241; HR 18 februari 1910, W 8980; HR 24 november 1911, W 9315 en HR 14 maart 1980, NJ 1980, 536.

<sup>914</sup> PG boek 3, blz. 146 e.v.; wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT, blz. 20-22, nr. 9, VV II, blz. 6, nr. 10, MvA II, blz. 13-15; nr. 14, EV II, blz. 2, nr. 15, nota n.a.v. EV, blz. 3-4; Asser-Beekhuis I, no. 446, 447 en 466; H.A. Drielsma, WPNR 5613 (1982); J.E. Fesevur, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984, blz. 147 n.a.v. HR 29 juni 1984, NJ 1985, 68; Hartkamp, Compendium, no. 59 en 179; Heuff, no. 26; Mijnsen, no. 21; zie ook de artt. 8 en 36 Kadasterwet en wetsontwerp 17.496, nr. 5, MvT, blz. 38-40 en 72.

De uitbreiding van het toepassingsgebied is de enige materiele afwijking van het huidige recht. Voor het overige heeft men niet beoogd daarmee te breken. De doorhaling blijft een administratieve maatregel: ze maakt een opheffing die plaatsgevonden heeft op eenvoudige wijze openbaar, maar bewerkstelligt zelf geen opheffing. Heeft de opheffing niet geldig plaatsgehad, dan is de daarop gevolgde doorhaling van geen betekenis. Derden kunnen aan de louter administratieve handeling die de doorhaling is dan ook geen enkel recht ontlenen, echter wel aan het vonnis dat daaraan ten grondslag ligt.

Doorhaling vindt pas plaats nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan en door de eiser ter inschrijving aangeboden is. Immers degene die het vonnis heeft uitgelokt moet de beslissing nemen of de uitspraak al dan niet tenuitvoer gelegd zal worden. Bovendien is het wenselijk de rechterlijke uitspraak waarop de doorhaling gebaseerd is in de registers in te schrijven, want aangezien de doorhaling zelf slechts van administratieve betekenis is, zal degene die het register raadpleegt ook inzage in de inhoud van de uitspraak willen hebben.

Overigens, art. 3.1.2.10a is slechts nodig om de doorhaling ingevolge een rechterlijk bevel te effectueren, waarbij vrijwel zeker vaststaat dat de inschrijving inderdaad waardeloos is. Daarom moet dit artikel niet tot andere uitspraken uitgebreid worden.

In art. 3.9.4.20<sup>915</sup> is een speciale regel opgenomen: na het tenietgaan van een hypotheek moet de schuldeiser aan de rechthebbende op het bezwaarde goed, op diens verzoek en op diens kosten, bij authentieke akte een verklaring afgeven dat de hypotheek vervallen is. Is de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekte met een beperkt recht bezwaard, dan rust een overeenkomstige verplichting op de beperkt gerechtigde. Het derde lid vermeldt dat als de vereiste verklaringen niet afgegeven worden, art. 3.1.2.10a van overeenkomstige toepassing is.

Door deze regeling op te nemen, die het in de huidige artt. 1239 e.v. BW vermelde explicite vervangt, blijkt duidelijk dat de gerechtigde die de doorhaling vordert van een waardeloze inschrijving in de registers een effectief middel in handen heeft. Naast de algemene regeling van de artt. 3.1.2.10 en 10a is het opnemen van art. 3.9.4.20 te rechtvaardigen om duidelijk te maken dat wanneer de hypotheek teniet gegaan is de hiergenoemde mogelijkheid bestaat en welke speciale vereisten gelden.

Voldoet de schuldeiser niet aan zijn verplichting om een verklaring af te geven dan biedt naast art. 3.1.2.10 c.s. art. 3.11.4 NBW de rechthebbende op het bezwaarde goed een extra mogelijkheid om zijn recht alsnog te verwezenlijken. De procedures op grond van de beide genoemde bepalingen staan m.i. naast elkaar en sluiten elkaar niet uit: de procedure ex art. 3.1.2.10 c.s. is meer zakenrechtelijk, de procedure op grond van art. 3.11.4 is meer verbintenisrechtelijk.<sup>916</sup>

Nu art. 3.9.4.20 een speciale regeling geeft voor de doorhaling van hypothecaire inschrijvingen, zal art. 3.1.2.10 in het bijzonder van toepassing zijn voor het doorhalen van transportakten. De rechterlijke uitspraak waarbij het vonnis tot overdracht van het onroerend goed vernietigd wordt, zorgt ervoor dat die inschrijving als waardeloos beschouwd moet worden. Na inschrijving van de verklaring van waardeloosheid kan vervolgens de inschrijving van de transportakte worden

<sup>915</sup> PG boek 3, blz. 839 e.v.

<sup>916</sup> Vgl. par. 4.4.1 voor het geldend recht.

doorgehaald, zodat de openbare registers weer overeenstemmen met de ware toestand. De oorzaak van de krachteloosheid van een inschrijving hoeft niet ingeschreven te worden. Blijkens het eerste lid moet de verklaring van waardeloosheid afgegeven worden aan degene te wiens behoeve de waardeloze inschrijving anders gestrekt zou hebben. Dit kan zowel de koper als de verkoper zijn. De koper was immers anders gerechtigde geworden en had de onroerende zaak door kunnen verkopen, etc., terwijl de verkoper het recht verkregen zou hebben niet langer als zakelijk gerechtigde aangemerkt te worden ten aanzien van de onroerende zaak: hij zou geen onroerend goedbelasting meer hoeven te betalen als eigenaar, zou niet meer aansprakelijk zijn voor de eventuele instorting van het gebouw, etc. Vergelijken we hetgeen hier opgemerkt is met het in par. 4.4.2 vermelde, dan kunnen we concluderen dat huidige en het komend recht in belangrijke mate afwijken, al is het alleen al omdat het nieuwe recht een algemene regeling brengt. Gelukkig is de regeling van het NBW als een vooruitgang te beschouwen. Bedacht moet echter worden dat anticiperende toepassing van de nieuwe regeling niet mogelijk zal zijn: dit gedeelte van het hypotheekrecht is executierecht en uit de aard daarvan dwingend recht, waarop niet geanticipeerd kan worden. Dat art. 3.9.4.20 NBW volgens de MvT op wetsontwerp 18.998 (elfde gedeelte Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, aanvulling Overgangswet) nr. 3, blz. 61, bij invoering van het NBW exclusieve werking zal hebben, acht ik geen argument van doorslaggevend gewicht.

#### 10.5.1.3 Teruggave geschrift waaruit volmacht blijkt

In art. 3.3.14 NBW<sup>917</sup> is met diverse uitbreidingen ten aanzien van art. 1851 BW de teruggave van het geschrift waaruit een volmacht blijkt geregeld. Het eerste lid begint met heel algemeen te zeggen dat de gevolmachtigde na het einde van de volmacht desgevorderd de geschriften waaruit de volmacht blijkt (dat kunnen ook fotocopieën van de volmacht zijn) moet teruggeven of moet toestaan dat de volmachtgever daarop aantekent dat de volmacht geëindigd is. Betreft het een bij notariële akte verleende volmacht dan tekent de notaris op verzoek van de volmachtgever het einde van de volmacht op de minuut aan.<sup>918</sup> De volmachtgever zal immers prijs stellen op teruggave van de schriftelijk verleende volmacht, omdat het gevaarlijk kan zijn om na het einde van een dergelijke volmacht de akte die deze volmacht inhield in handen van de ex-gevolmachtigde te laten. Zou deze namelijk overeenkomsten aangaan met van het einde der volmacht niets afwetende derden, dan kunnen die derden op grond van art. 3.3.16 lid 1 de volmachtgever of zijn erfgenamen aanspreken.

<sup>917</sup> PG Boek 3, blz. 295 e.v.; wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT blz. 28, nr. 9, VV I, blz. 12-13, nr. 10, MvA I, blz. 31; Asser-van der Grinten I, no. 57 en 58; A.G. Lubbers, Bescherming van de gewezen volmachtgever, in Gratia commercii, opstellen aangeboden aan prof. mr. A. van Oven, Zwolle 1981, blz. 137 e.v., speciaal blz. 150-156.

<sup>918</sup> Volledige zekerheid dat alle geschriften waaruit het bestaan van de volmacht blijkt, worden teruggegeven is echter niet te verkrijgen, de ex-gevolmachtigde kan een of meer fotocopieën met eveneens gefotocopieerde handtekening "vergeten" zijn.



Een probleem kan echter rijzen als de ex-gevolmachtigde weigert het geschrift terug te geven. De volmachtgever zal hem moeilijk met geweld de volmacht kunnen afnemen. Meijers meende de oplossing gevonden te hebben in een waardeloosverklaring van de volmacht bij vonnis, zoals ook par. 176 BGB dit voor de BRepD regelt. In het gewijzigd ontwerp heeft de regering de bepaling in een iets ruimere jas gestoken, daarmee het Benelux-ontwerp inzake de volmacht volgende. Het tweede lid spreekt nu uit dat bij vrees dat een gevolmachtigde van de volmacht ondanks haar einde gebruik zal maken de volmachtgever zich tot de president van de rechtbank kan wenden met het verzoek de wijze van bekendmaking van het einde van de volmacht te bepalen. Na deze bekendmaking kan het einde van de volmacht tegen iedereen worden ingeroepen.

Hiermee wordt niet alleen een oplossing gevonden voor het geval dat een geschrift waaruit de volmachtverlening blijkt achtergehouden is, maar ook voor het geval uit mondelinge uitspraken c.q. feitelijke gedragingen van de volmachtgever van de volmacht gebleken is. Aan de rechtbankpresident is de wijze van bekendmaking overgelaten.

De huidige tekst van lid 2 geeft aan dat wanneer te vrezen valt dat een gevolmachtigde van de volmacht ondanks haar einde gebruik zal maken, het middel kan worden aangegrepen voor oproeping van het einde van de volmacht tegen iedereen. Te eisen dat er vrees moet bestaan lijkt me niet juist. Immers als een volmachtgever overlijdt of onder curatele gesteld wordt<sup>919</sup> is het zeker denkbaar dat nabestaanden of curator niet met volstreekte zekerheid kunnen achterhalen of volmachten verleend zijn, en zo ja, aan wie en waartoe. Ook in die gevallen zou mijns inziens een verzoek om, heel algemeen, het publicatiemiddel voor te schrijven ten aanzien van alle mogelijk door de overledene of curandus verleende, in concreto onbekende, volmachten ingewilligd moeten worden. Het artikel zou zodanig gewijzigd moeten worden dat via de door de rechtbankpresident voorgeschreven publicaties ook volmachten beëindigd kunnen worden en daarop jegens iedereen een beroep gedaan kan worden als er geen vrees te duchten valt.<sup>920</sup>

Welke president bevoegd is van het verzoek kennis te nemen volgt uit art. 429c lid 3 NRV., zodat de oorspronkelijke tweede zin van lid 2 vervallen kon. Toegevoegd is nu dat tegen een toewijzende beschikking geen hogere voorziening openstaat, want dit zou zinloos zijn: ook al zou de beschikking vernietigd worden, dan kan de volmachtgever op eigen risico tot bekendmaking overgaan. Effectiever is het als de gevolmachtigde in kort geding een verbod c.q. rectificatie vordert.

#### 10.5.1.4 De onzijdig persoon

De onzijdig persoon van het huidige art. 1117 BW keert terug in art. 3.7.1.10,<sup>921</sup> welke bepaling een uitwerking voor een bepaald geval van

<sup>919</sup> Op grond van art. 3.3.11 eindigt in dit soort gevallen de volmacht, tenzij anders is bepaald. Van een dergelijk geval wordt hier uitgegaan.

<sup>920</sup> Vgl. Lubbers, blz. 151 en MvA II, blz. 31.

<sup>921</sup> Vgl. PG boek 3, blz. 609 e.v.; wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT, blz. 39, nr. 6, Nota van Wijziging, blz. 17; Asser-Hartkamp I, no. 645; Van Mourik, monografie, nr. 24.

art. 3.11.4 lid 1 NBW is. In laatstgenoemd artikel is immers in het algemeen de mogelijkheid geopend dat de rechter een dwangvertegenwoordiger kan aanwijzen die de te verrichten rechtshandeling in plaats van de daartoe verplichte zal verrichten als deze daartoe niet zelf overgaat. In dit speciale geval wordt aangegeven dat voor het geval de deelgenoten in een te verdelen gemeenschap, of zij wier medewerking vereist is, niet meewerken aan een verdeling nadat deze bij rechterlijke uitspraak bevolen is, de rechter die in eerste aanleg van de vordering tot verdeling kennis genomen heeft, op verzoek van de meest gerede partij (als de benoeming niet al bij de eerdere uitspraak plaats had) een onzijdig persoon die hem bij de verdeling vertegenwoordigt en daarbij hun belangen naar eigen beste inzicht behartigt. Dat de belangen "naar eigen beste inzicht" behartigd worden, geeft aan dat het inzicht van de vertegenwoordigde zelf (die het meestal aan zichzelf te wijten heeft dat hij niet aan de verdeling meedoet) er niet toe doet. Er wordt voor ieder die niet meewerkt een onzijdig persoon benoemd als zij tegenstrijdige belangen hebben.

Art. 3.7.1.10 beoogt niet het geldend recht inhoudelijk te wijzigen, zodat wat hiervoor opgemerkt is in par. 5.1 ook naar komend recht van toepassing zal zijn. Soms heeft echter een kleine aanpassing plaatsgevonden die tot verduidelijking moet leiden.

Door te beginnen met de zinsnede "voor het geval dat ..." laat de bepaling uitkomen dat degene voor wie een onzijdig persoon benoemd is de bevoegdheid houdt tijdig zelf voor de notaris te verschijnen om aan de verdeling mee te werken. M.i. kan zich echter op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die op grond van art. 3.7.1.1 lid 3 de rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten mede bepalen een situatie voordoen, waarbij de onzijdig persoon met uitsluiting van de vertegenwoordigde bevoegd is om op te treden. Stel dat de onzijdig persoon benoemd is omdat de vertegenwoordigde een querulant is. Als na maanden van onderhandelen over de verdeling de vertegenwoordigde querulant de onzijdig persoon ineens terzijde schuift, dan kan er gerechtvaardigde twijfel bestaan of deze deelgenoot plotseling ieders belangen, wensen en voorkeuren in het oog wil houden. Niet moet gekozen worden voor een constructie dat de vertegenwoordigde deelgenoot en de onzijdig persoon gezamenlijk bevoegd zijn, zodat bij een controverse tussen beiden de rechter zou moeten beslissen.<sup>922</sup> Een dergelijke oplossing werkt sterk vertragend en zou de rechterlijke macht nog meer belasten.

Uiteraard ligt het anders als de onzijdig persoon een afwezige (vgl. boek 1, afd. 18 BW) vertegenwoordigde, dan ligt het terugtreden van de onzijdig persoon voor de hand.

Dat in de bepaling ook gesproken wordt over "zij wier medewerking vereist is", heeft te maken met de medewerking van een schuldeiser van een der deelgenoten die nodig kan zijn bij de verdeling van een nalatenschap of een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap. (Vgl. art. 3.7.2.2b NBW).

Dat de onzijdig persoon verplicht is datgene wat aan de door hem vertegenwoordigde persoon ingevolge de verdeling toekomt, in ontvangst te nemen voor deze en dat hij daarover tot de afgifte aan de rechthebbende het bewind op de voet van art. 1:410 BW moet voeren, biedt even weinig nieuws als de beloning die de onzijdig persoon toekomt.

---

De processuele regeling is te vinden in de artt. 677 e.v. NRv.

<sup>922</sup> Vgl. W.M. Klein in zijn Leids proefschrift *De boedelscheiding*, blz. 259.

Deze beloning wordt op verzoek vastgesteld door de rechter die de onzijdig persoon benoemde.

Tot slot valt te wijzen op art. 3.7.1.12 lid 2 waar bepaald is dat, tenzij de kantonrechter anders bepaalt, de verdeling moet geschieden bij notariële akte en dat een verdeling waaraan door een onzijdig persoon voor een of meer deelgenoten meegewerkt wordt, door hem goedgekeurd moet worden wil een geldige verdeling tot stand komen. Ook in art. 3.11.4 lid 1 treffen we de mogelijkheid aan dat als de rechter een dwangvertegenwoordiger aanwijst, hij kan bepalen dat de door deze te verrichten handeling zijn goedkeuring behoeft.

## 10.5 1 5 De verdeling door de rechter: de adiudicatio

Kunnen de deelgenoten en zij wier medewerking vereist is over een verdeling niet tot overeenstemming komen, dan gelast de rechter op vordering van de meest gerede partij de wijze van verdeling of stelt hij zelf de verdeling vast, rekening houdende naar billijkheid met de belangen van partijen en met het algemeen belang, zo zegt het eerste lid van art 3 7.1.14.<sup>923</sup> Daarbij komen volgens het tweede lid als wijzen van verdeling in aanmerking:

- a. toedeling van een gedeelte van het goed aan ieder der deelgenoten;
- b. overbedeling van een of meer deelgenoten tegen vergoeding van de overwaarde;
- c. verdeling van de netto-opbrengst van het goed of een gedeelte daarvan, nadat dit op een door de rechter bepaalde wijze zal zijn verkocht.

De rechter is bij de vaststelling van de verdeling geheel vrij en niet gebonden aan wat door de diverse partijen als wijze van verdeling is voorgesteld.

Het artikel is voor ons van belang omdat hier uitdrukkelijk de adiudicatio in het nieuwe recht opgenomen is. Eerder, in par. 5.2, kwam tot uiting dat een meerderheid van de schrijvers ook voor het huidige recht deze mogelijkheid al aanvaardt, daarbij uitgaande van art. 1122 BW, maar dat er geen unanimité bestaat. Met name Luijten wenst voor het huidige recht deze mogelijkheid nog niet te aanvaarden. Door deze uitdrukkelijke wettelijke regeling verdwijnt iedere twijfel over de bevoegdheid van de rechter onder het komend recht.

Over de bepaling zelf valt weinig extra te zeggen, de inhoud wordt duidelijk weergegeven. Uit het eerste lid blijkt dat als partijen tot overeenstemming komen, er geen gebondenheid bestaat aan de door het artikel genoemde wijzen van verdeling, in een dergelijk geval staat bijv. overbedeling zonder vergoeding van de overwaarde vrij. Dat de rechter naar redelijkheid en billijkheid rekening moet houden met zowel de belangen van partijen (bijv. een bijzondere affectieve waarde voor een der deelgenoten) als met het algemeen belang, is niet iets wat verwondering wekt. Als een goed bijzondere waarde voor een deelgenoot heeft, kan dit betekenen dat deze deelgenoot betere aanspraken op het goed kan laten gelden, maar ook dat de toedeling aan hem kan geschieden voor een hogere waarde dan de waarde in het economisch verkeer.

Blijkens de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer (PG boek 3, blz. 619) beogen de leden 2 en 3 naar de mening van de ontwerper -m i. terecht- de vrijheid van de rechter bij de toepassing van het eerste lid zo min mogelijk te beperken.

In het tweede lid sub b was eerst de beperking opgenomen dat één of meer deelgenoten tot vergoeding van de overwaarde bereid zouden zijn. Terecht is deze beperking geschrapt, want de rechter zal soms een deelgenoot tegen zijn zin moeten kunnen verplichten de overwaarde te vergoeden om tot een aanvaardbare wijze van verdeling te kunnen komen. Hierbij zouden we kunnen denken aan pensioenrechten, die immers naar hun aard aan de gerechtigde tot het pensioen moeten wor-

<sup>923</sup> PG boek 3, blz. 617 e.v.; wetsontwerp 17.496, nr. 3, MvT, blz. 40, nr. 6, NvW, blz. 17-18, nr. 12, derde Nota van Wijziging, blz. 6; Asser-Meijers-Van der Ploeg, no. 424 en 426; Van Mourik, monografie, no. 29.

den toegedeeld met (zo nodig) een vergoeding wegens overbedeling voor de wederpartij. Ook kan ik me indenken dat onder bepaalde omstandigheden de rechter niet tot de openbare verkoop van (een deel van) de gemeenschapsgoederen wil dwingen (wat tot een hogere opbrengst kan leiden, maar het gevaar meebrengt dat een derde meer geld op tafel wenst te leggen en zo de deelgenoten het nakijken geeft) maar de goederen onder de deelgenoten verdeelt en één der deelgenoten, die bijzonder prijs stelt op enkele goederen die zijn financiële draagkracht op dat moment te boven gaan dwingt, tot bijvoorbeeld een lening bij de bank. We zouden kunnen denken aan een bijna 65-jarige die bij het bereiken van die leeftijd een lijfrente-uitkering ontvangt, maar op het moment van de verdeling over te weinig contanten beschikt. Ik zie geen probleem om de rechter dan de bevoegdheid te geven om te zeggen: "Deelgenoot, jij wilt die goederen, maar dan moet de overwaarde nu wel worden uitgekeerd om ervoor te zorgen dat partijen eens en voor altijd uit elkaar zijn." De goederen zullen een zekere waarde hebben en een bank zal wel als pand/hypotheeknemer willen fungeren als er een zekere overwaarde is en/of met het vooruitzicht van de lijfrenteuitkering die gecedeerd kan worden aan de bank. Anderzijds moet het niet zo zijn dat de rechter iemand dwingt om zich diep in de schulden te steken. Ik vermoed dat de Nederlandse rechter dit ook niet zal doen.<sup>924</sup>

Ook lid 3, dat de mogelijkheid opent dat de overwaarde in termijnen betaald wordt, bevat weinig nieuws als we dit vergelijken met het in par. 5.2 opgemerkte.

Bij de bestudering van de parlementaire stukken heeft het me gefrappeerd dat in het kader van deze bepaling nergens de term *adiudicatio* vermeld wordt ...

Aandacht verdient in verband met de behandeling van art. 3.7.1.14 ook art. 3.7.1.7,<sup>925</sup> waar de mogelijkheid wordt geopend dat de rechter tot het te gelde maken of bezwaren met pand c.q. hypotheek van een gemeenschappelijk goed kan machtigen tot zekerheid voor de voldoening van een gemeenschapsschuld. De bepaling stemt grotendeels overeen met art. 1122 BW, al is het laatste lid van dat artikel niet overgenomen als overbodig in verband met art. 3.7.1.11.

In het eerste lid zijn de oorspronkelijk voorgestelde woorden "in het belang van een behoorlijke verdeling" geschrapt. Worden partijen het niet eens over de wijze van verdeling en roepen zij de hulp van de rechter in, dan valt een dergelijk geval onder de werkingssfeer van art. 3.7.1.14 en wordt in dat artikel aangegeven welke bevoegdheden aan de rechter toekomen.

Uit het gebruik van het woord "machtigen" in dit artikel blijkt dat door de rechterlijke uitspraak de deelgenoot die het goed te gelde wil maken of wil bezwaren, ten opzichte van derden beschikkingsbevoegd gemaakt wordt. Dit betekent echter niet dat de handeling moet worden beschouwd als te zijn verricht door de deelgenoten gezamenlijk. Beveelt de rechter de "overneming" van het goed dan valt dit conform art. 3.7.1.11 aan te merken als een verdeling, zodat art. 3.7.1.12 op de uitvoering van dit bevel van toepassing is. Dit betekent dat wan-

<sup>924</sup> Vgl. HR 27 november 1981, NJ 1982, 503; HR 24 juni 1983, NJ 1984, 554; HR 1 juni 1984, NJ 1985, 351.

<sup>925</sup> PG boek 3, blz. 594 e.v.; wetsontwerp 17.496 nr. 3, MvT, blz. 39, nr. 9, VV II, blz. 21, nr. 10, MvA II, blz. 58; Asser-van der Grinten I, no. 12; Van Mourik, monografie, no. 9.

neer een deelgenoot niet aan de uitvoering van het bevel meewerkt art. 3.7.1.10 (benoeming onzijdig persoon) toegepast kan worden. Met de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer (PG boek 3, blz. 596) meen ik dat deze oplossing een betere is voor dit soort delicate situaties dan het verlenen van een machtiging aan de overnemende deelgenoot om de handeling zelf tot stand te brengen.

Terecht meent Van Mourik, blz. 18, dat de artt. 3.7.1.7 en 14 in de praktijk om toepassing zullen strijden. Daarbij wijst Van Mourik op het geval dat tot een door echtscheiding ontbonden huwelijksgemeenschap een woning behoort en een geldschuld waarvoor het pand hypothecair verbonden is. Terzake van de betaling van de rente en aflossing zal de vraag kunnen rijzen of tot verkoop van de woning moet worden overgegaan of dat toedeling van de woning met hypothecaire schuld meer in de rede ligt.

Ik denk dat de oplossing afhankelijk is van de feitelijke situatie. Nu beide bepalingen de rechter een discretionaire bevoegdheid verschaffen,<sup>926</sup> zal de rechter zich door de omstandigheden van het geval kunnen laten leiden. Pas na jaren zal in de praktijk blijken of een van beide bepalingen de voorkeur zal genieten, en zo ja, in welke gevallen.

#### 10.5.1.6 De bevoegdheid van de schuldeiser tot executie/verrekening

"Is de schuldeiser wiens schuldenaar door een hem niet toe te rekenen oorzaak verhinderd na te komen, desondanks in staat zelf zich door executie of verrekening het verschuldigde te verschaffen, dan is hij daartoe bevoegd," zegt art. 6.1.8.4a.<sup>927</sup> Deze bepaling, geplaatst in de achtste afdeling van de eerste titel van boek 6, de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis, houdt in dat de schuldeiser zonodig bevoegd is tot executie of verrekening en formuleert daarmee nogmaals de bevoegdheid tot reële executie, zoals dat ook gebeurt in boek 3 titel 11. Zonodig kan men hier ook spreken van een gelegaliseerde vorm van eigenrichting.

Terecht heeft de wetgever een speciale regeling die deze bevoegdheid inhoudt op deze plaats opgenomen, zodat deze bevoegdheid nu buiten twijfel staat. Opname op deze plaats, en niet in boek 3 titel 11<sup>928</sup> of in NRv., is gewenst, want zo komt duidelijk tot uiting dat als de schuldenaar verhinderd is tot de nakoming van de verbintenis, er geen reden is om de verbintenis te doen vervallen, zolang een van de in dit artikel genoemde mogelijkheden nog openstaat.

Hierboven hebben we in par. 8.8.4 de uitspraak van de Hoge Raad dd 2 november 1917, NJ 1917, 1136 bekritiseerd. Toepassing van de nu opgenomen bepaling zou tot een billijker resultaat geleid hebben, want

<sup>926</sup> Vgl. de conclusie van A.G. Haak voor en de noot van Kleijn bij HR 9 mei 1980, NJ 1981, 283 (art. 3.7.1.7) en de noot van Kleijn bij HR 25 januari 1980, NJ 1980, 548 (art. 3.7.1.14).

<sup>927</sup> PG boek 6, blz. 275; Asser-Hartkamp I, no. 352 en 644; Schoorlijk, Het algemeen gedeelte, blz. 213-214; De Vries, blz. 20-21.

<sup>928</sup> In feite gaan de art. 3.11.1 e.v. stilzwijgend uit van de niet-nakoming door de schuldenaar als de oorzaak hiervan hem wel kan worden toegerekend: de schuldenaar is weigerachtig om mee te werken of schendt een gemaakte afspraak door juist op te treden in de gevallen dat dit niet de bedoeling is.

een veroordeling van de schuldenaar zou mogelijk geweest zijn, waarna reële executie had kunnen volgen.

De door het artikel uitgesproken bevoegdheid komt me juist voor. Wie zoals ik de mening is toegedaan dat de schuldeiser zo mogelijk moet krijgen waar hij recht op heeft, kan de opneming alleen maar toejuichen. Er zijn immers gevallen denkbaar dat de schuldenaar nog niet of niet meer in de gelegenheid is om de verschuldigde prestatie te verschaffen, terwijl de schuldeiser deze mogelijkheid wel heeft. Het zou dan onbillijk kunnen zijn als het recht op nakoming zou vervallen bij blijvende onmogelijkheid c.q. zou worden opgeschort in geval van tijdelijke onmogelijkheid. Het doel van de verbintenis kan immers soms bereikt worden zonder dat de prestatie waartoe de schuldenaar gehouden is door hem wordt verricht. Met name kunnen we daarbij denken aan de gevallen die door de artt. 3.11.3 en 3.11.4 worden bestreken. De schuldeiser kan immers door de rechter gemachtigd worden om zelf datgene te doen wat nodig is om zich het verschuldigde te verschaffen, resp. de rechter vervangt de wilsverklaring van de schuldenaar of de akte door zijn uitspraak, c.q. hij wijst een dwangverteenwoordiger aan. Ook kan de schuldenaar gemachtigd worden tot verrekening. Het artikel maakt daarmee een inbreuk op art. 6.1.10.4 lid 2, welke bepaling aangeeft dat voor schuldverrekening vereist is, dat hij die verrekenen wil, bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. Ook al kan de schuldenaar door overmacht niet presteren en kan de schuldeiser daarom geen betaling vorderen, toch kan nu dankzij art. 6.1.8.4a NBW met geldig resultaat verrekend worden. Hoewel de bepaling dit niet met zoveel woorden zegt is het niet van belang of het een tijdelijke of een definitieve onmogelijkheid van de nakoming betreft.

In het artikel wordt slechts de mogelijkheid aangeduid dat de schuldeiser zich door executie of verrekening het verschuldigde verschafft. Een strikte beperking tot deze beide gevallen is niet de bedoeling geweest, maar evenals de wetgever lijken mij andersoortige gevallen niet goed denkbaar. Anderzijds valt in het artikel wel een dusdanige beperking te lezen, dat alleen die wijzen van executie waarmee de schuldeiser zelf zich het verschuldigde kan verschaffen onder de werkingssfeer vallen. Daarmee zal de bepaling niet gelden voor de afdwinging van de nakoming door een veroordeling tot een dwangsom of door lijfswang. De Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer zegt hierover:<sup>929</sup> "Wanneer de schuldenaar niet kan nakomen als gevolg van het feit dat hij in een hem niet toe te rekenen dwangpositie verkeert, die nakoming praktisch onmogelijk maakt ... dan behoort de schuldeiser deze executie-middelen niet te kunnen hanteren om te trachten door uitoefenen van een nog grotere druk hem alsnog tot nakoming te bewegen."<sup>930</sup>

<sup>929</sup> PG boek 6, blz. 275.

<sup>930</sup> Vgl. de artt. 611 en 611d Rv.

### 10.5.1.7 Schadevergoeding in specifieke vorm

Al eerder kwam de schadevergoeding in natura ter sprake: in par. 3.6. Veel van het daar opgemerkte geldt ook hier, nu art. 6.1.9.9<sup>31</sup> de daar genoemde wenselijkheden inhoudt. Zo maakt het onder het nieuwe recht niet uit of de schadevergoeding op onrechtmatige daad, dan wel op een toerekenbare tekortkoming (=wanprestatie) berust. Al in de Toelichting van Meijers werd aangegeven dat voor het onderscheid dat de huidige rechtspraak maakt (bij wanprestatie steeds schadevergoeding in geld, bij onrechtmatige daad ook op andere wijze), moeilijk een goede grond kon worden gegeven.

Het artikel stelt voorop dat schadevergoeding in geld moet worden voldaan. Volgens de ontwerpers is dit het meest praktisch: veelal zal de schuldeiser gebaat zijn bij een geldsom en is de schade eenvoudig in geld uit te drukken. Daarnaast wordt door het artikel de mogelijkheid geopend dat de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in een andere vorm dan geld kan toekennen.<sup>32</sup> Deze mogelijkheid is duidelijk een secundaire, want deze veroordeling kan het bezwaar oproepen dat over de uitvoering nieuwe moeilijkheden ontstaan, zodat een nieuwe procedure gevoerd moet worden. Bovendien is deze wijze van schadevergoeding alleen op vordering van de benadeelde mogelijk. Hiermee wordt duidelijk dat de gedaagde de eiser geen schadevergoeding in natura kan opdringen (behoudens een uitzondering als art. 6.1.8.4 lid 2 NBW). Daarbij moet aangetekend worden dat als de benadeelde weigert in te gaan op een redelijk aanbod om de schade te verhelpen, dit onder omstandigheden tot de toepassing van art. 6.1.9.6 NBW kan leiden, omdat het dan opgevat zal worden als het nalaten van een schadebeperkende maatregel. De MvA I (PG boek 6, blz. 364-365) vermeldt het geval dat de door een bepaald bedrijf toegebrachte schade door niemand beter dan juist dat gespecialiseerde bedrijf hersteld kan worden. Tevens is daarmee de vraag beantwoord of een schuldenaar die een redelijk aanbod tot schadevergoeding in geld doet, niettemin toch tot schadevergoeding in natura veroordeeld kan worden. In de derde zin van de bepaling wordt uitgesproken dat als niet binnen redelijke termijn aan een uitspraak tot schadevergoeding in andere vorm dan de betaling van een geldsom wordt voldaan, de benadeelde zijn bevoegdheid herkrijgt om schadevergoeding in geld te verlangen. Het lijkt me aanbevelenswaardig om primair de schadevergoeding in natura te eisen en subsidiair, voor het geval niet binnen een bepaalde termijn aan de primaire veroordeling wordt voldaan, schadevergoeding in geld.

Nu in het artikel gesproken wordt van "schadevergoeding" en niet van "de schadevergoeding" kan de rechter ook een deel van de schadevergoeding in geld toekennen en het andere deel in andere vorm. Daarmee kan zo goed mogelijk aangesloten worden bij de omstandigheden van het geval. Duidelijk zal zijn dat dit systeem: schadevergoeding in

<sup>31</sup> PG boek 6, blz. 362 e.v.; Asser-Hartkamp I, no. 410, 411 en 646; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, monografieën Nieuw BW B-34 Deventer 1982, no. 3 en 15; Croes, diss. blz. 157 e.v.; Schoordijk, *Het algemeen gedeelte*, blz. 260-261; Hartkamp, *Compendium* no. 275, 288 en 320.

<sup>32</sup> Vgl. art. 2058 Codice Civile voor Italië. In Duitsland en Oostenrijk stellen de par. 249 e.v. BGB en art. 1323 ABGB de "Naturalherstellung" als normale wijze van schadevergoeding voorop.



geld, tenzij ..., beter voldoet dan het Zwitserse waar in art. 43 OR de wijze waarop de schade moet worden vergoed, geheel aan de rechter overgelaten wordt, een systeem met veel onzekerheden, zodat zolang de wijze van schadevergoeding en de hoogte ervan nog niet bij gewijsde vastgesteld zijn de benadeelde op zijn vordering tot schadevergoeding nauwelijks krediet zal kunnen verkrijgen.

Zelf zie ik het meeste in een bepaling die -zoals in de Bondsrepubliek geschiedt- uitspreekt dat de schadevergoeding in natura voorop staat en dat subsidiair de vergoeding van de schade in geld luidt en dat slechts in bijzondere gevallen de schadevergoeding in geld voorop staat. Immers op deze wijze wordt zoveel mogelijk recht gedaan aan het beginsel dat de schuldeiser moet krijgen waar hij recht op heeft.

Een andere vraag die kan rijzen is of de schuldenaar de schuldeiser kan dwingen de schade in natura te laten vergoeden. Dit lijkt me door art. 6.1.9.9 niet uitgesloten, al zal de schuldenaar wel een zwaarwegend belang moeten hebben.<sup>933</sup> We zouden kunnen denken aan het geval dat zich bij een zeker type van een bepaald automerk na enkele jaren een gebrek openbaart, welk gebrek tot onveilige situaties in het verkeer leidt. In een dergelijk geval zal de fabrikant of de importeur van dit type auto's bij een eventueel ongeluk aansprakelijk gesteld kunnen worden uit onrechtmatige daad. In zo'n geval moet m.i. op vordering van de schuldenaar de verplichting tot herstel uitgesproken worden, nu de schuldenaar zekerheid moet hebben dat het gebrek op de juiste wijze is verholpen. Sterker nog, het beletten van het herstel kan een onrechtmatige daad opleveren, terwijl ook gedacht zou kunnen worden aan de artt. 6.1.1.2 en 6.5.3.1, waar aangegeven wordt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.<sup>934</sup>

Schadevergoeding in een andere vorm dan de betaling van een geldsom kan zich in diverse gedaanten voordoen. We kunnen denken aan herstel in de oude toestand en de levering van een surrogaat, maar ook aan de overdracht van een goed (HR 17 november 1967, NJ 1968, 42), het verschaffen van een huurwoning (HR 10 december 1982, NJ 1983, 687) of het verder onderhandelen over het sluiten van een overeenkomst (HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85). In 1964 heeft A.R. Bloembergen in het NJB<sup>935</sup> al verdedigd dat bij rectificatie<sup>936</sup> sprake is van schadevergoeding in een andere vorm dan

<sup>933</sup> Dit is niet aanwezig in het volgende geval. Gebouw, twaalf jaar oud, waarin glazen oppervlakten onvoldoende beschermd zijn tegen condensatie, welke condensatie zich slechts sporadisch voordoet en de hechtheid van de constructie niet aantast: schadevergoeding in geld die is aangepast aan de werkelijk geleden schade en niet in de vorm afbraak en herbouw. Vgl. Belgisch Hof van Cassatie 8 januari 1981, Pas. 1981, I, 495.

<sup>934</sup> Vgl. A.J.O. van Wassenaeer van Catwijck, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, WPNR 5361 (1976), sub 7.

<sup>935</sup> Blz. 337 e.v. en 374 e.v., speciaal blz. 343-345 en 379-381, Onrechtmatige daad: publikatie van het vonnis; recht op rectificatie.

<sup>936</sup> Vgl. artt. 6.3.1.5a NBW en 38 Omroepwet die m.i. een bijzondere uitwerking van art. 6.1.9.9 NBW vormen.

geld. Volgens Bloembergen gaat het om een uiterst effectieve manier om de schade goed te maken (blz. 377), een uiterst effectief middel van redres dat juist op die terreinen bruikbaar is, waar van de schadevergoeding in geld weinig heil is te verwachten (blz. 381). Hij wees hierbij op de toepassing van art. 1277 BW (= art. 3.11.3 NBW): de machtiging aan eiser om het vonnis op kosten van de gedaagde te publiceren, waardoor de nakoming van de veroordeling geen moeilijkheden zal opleveren en verzekerd is. Op de gedaagde rust immers een verplichting om het vonnis te publiceren, zodat bij niet-nakoming eiser zich kan laten machtigen ex art. 1277 BW om de publicatie te doen geschieden. Gezien de tekst van de bepaling zullen de kosten van de publicatie geen moeilijkheden opleveren en behoort een uitspraak in kort geding tot de mogelijkheden. Wel moet bedacht worden dat als de rechterlijke machtiging ex art. 3.11.3 NBW c.q. 1277 BW afgegeven wordt, vaststaat dat gedaagde zijn verbintenissen niet nagekomen is, terwijl bij art. 6.3.1.5a juist komt vast te staan dat er een verbintenis om tot publicatie over te gaan op de gedaagde rust. Dan is het alleszins redelijk dat de gedaagde na de uitspraak nog enige tijd gegund wordt om aan zijn verplichtingen te voldoen.<sup>937</sup>

In de Toelichting van Meijers op art. 6.1.9.9 (PG boek 6, blz. 362-363) wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds het vonnis waarbij de gedaagde wordt veroordeeld de schade op een andere wijze dan door betaling van een geldsom te vergoeden, welke uitspraak bijv. kan inhouden dat hij de vorige toestand moet herstellen of een surrogaat moet leveren en anderzijds de gevallen dat de benadeelde een vonnis waarbij de schuldenaar tot nakoming van een verplichting is veroordeeld, met de sterke arm tenuitvoerlegt of waarin de benadeelde door de rechter gemachtigd wordt om zich zelf het verschuldigde te verschaffen c.q. om hetgeen in strijd met een verplichting is verricht te niet te doen. In het eerste geval zou het om schadevergoeding in een andere vorm dan in geld gaan, in het laatste geval om nakoming door middel van reële executie. Het lijkt me om een theoretisch onderscheid te gaan, liever kijk ik naar de praktische resultaten. Daarbij gaat het mij er om dat de schuldeiser kan krijgen waar hij recht op heeft, in welk geval ik van reële executie wil spreken en waarbij zondig nog onderscheiden kan worden of er daadwerkelijk schade is toegebracht of niet. Daarmee maakt m.i. de schadevergoeding in een andere vorm dan de betaling van een geldsom deel uit van het begrip reële executie.

Overigens zou ik ervoor willen pleiten het begrip "schadevergoeding in specifieke vorm" te gebruiken. Deze term (overeenstemming vertonend met het Italiaanse, in art. 2058 Codice Civile gebruikte, *risarcimento in forma specifica*, en het Engelse *specific performance*) lijkt me passender dan herstel in natura, uitvoering in natura en herstel in de oude

<sup>937</sup> Zie over deze materie ook C.P. Aubel, Persoon en pers, diss. KU Nijmegen 1968, blz. 140 en 147 e.v.; J.C.M. Leijten, De bruikbaarheid van art. 38 Omroepwet, NJB 1970, blz. 850 e.v.; P. Mout, Handelingen NJV 1978, I eerste gedeelte, blz. 110 e.v., J.H. Nieuwenhuis in *Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek*, blz. 305, die als enige toelichting op art. 6.3.1.5a geeft: zie in dit verband ook art. 6.1.9.9 en Syllabus landelijke PAO-cursus Nieuw BW (derde druk, augustus 1984), blz. 1-4-8. Zie ook J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, Gent 1984, no. 300.

toestand om alle daaronder vallende situaties juist te omschrijven.<sup>938</sup> Ronse no. 276 geeft als voorbeelden de betekening van het eerherstellend vonnis aan de bestuurlijke overheid van een beledigde ambtenaar, terwijl ook de actio pauliana een herstel in specifieke vorm oplevert: de nietigheid van de bedrieglijke handeling. Ruimer gezegd: telkens wanneer een redelijke verwachting op onrechtmatige wijze bedrogen is, wordt de hieruit ontstane schade op de meest passende wijze hersteld door de vervulling van deze voorwaarde.<sup>939</sup>

#### 10.5.1.8 Drie bepalingen uit boek 7 NBW

Ook in boek 7 NBW vinden we bepalingen terug die te maken hebben met de reële executie.<sup>940</sup>

In art. 7:13.2<sup>941</sup> lid 1 wordt uitgesproken dat als het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt, de koper behalve aflevering van het ontbrekende (sub a), herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen (sub b) of (behoudens enige uitzonderingen) vervanging van de afgeleverde zaak (sub c) kan vorderen. Het hier bepaalde stemt grotendeels overeen met art. 42 Eenvormige Koopwet (wet van 15 december 1971, Stb. 780).

Voor ons is met name het op advies van de SER-commissie voor de consumentenaangelegenheden toegevoegde derde lid van belang: "Indien bij een consumentenkoop de verkoper niet binnen een redelijke tijd, nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand, aan zijn verplichtingen tot herstel van de afgeleverde zaak heeft voldaan, is de koper bevoegd het herstel door een derde te doen plaatsvinden en de kosten daarvan op de verkoper te verhalen." Hiermee is de koper bevoegd verklaard de zaak op kosten van de verkoper te laten herstellen, indien de verkoper na een aanmaning daarmee in gebreke blijft, zonder dat een rechterlijke machtiging nodig is. Het wel eisen van een rechterlijke machtiging zou een extra drempel opwerpen voor de koper bij het verkrijgen van zijn rechten. De bevoegdheid is echter wel beperkt tot die gevallen waarin de verkoper tot herstel verplicht is op grond van het sub b genoemde in het eerste lid van deze bepaling. Of dat zo is zal uiteindelijk door de rechter beoordeeld moeten worden. Zou de koper hieromtrent van tevoren zekerheid willen hebben dan kan hij zich tot de rechter wenden ten einde een machtiging ex art. 3:11.3 te verkrijgen.

<sup>938</sup> Is een huis tweemaal door de eigenaar verhuurd dan heeft de huurder die zich op de oudste huurovereenkomst kan beroepen, volgens de bestaande jurisprudentie (vgl. par. 10.3.4) het recht het huis van de tweede huurder op te vorderen op grond van onrechtmatige daad, wanneer deze van de eerdere huurovereenkomst op de hoogte was. Van herstel in de oude toestand is in dit geval geen sprake, omdat de eerste huurder het genot van het huis nimmer heeft gehad.

<sup>939</sup> Vgl. Ronse, no 295-300.

<sup>940</sup> Aangezien de exacte formulering en de invoering van deze bepalingen onzeker is, ruim ik weinig plaats voor een bespreking van deze artikelen in.

<sup>941</sup> Vgl. wetsontwerp 16.979, nr. 3, MvT, blz. 8-10, 38-40, nr. 5, Nota van Wijziging, blz. 3-5, nr. 7 VV, blz. 16-18, nr. 8, MvA, blz. 15-17; Asser-Hartkamp I, no. 644; Asser-Schut, blz. 220.

Nu lid 3 beperkt is tot de consumentenkoop, zal de koper ingeval zich hetzelfde voordoet bij een niet-consumentenkoop grotendeels op art. 3.11.3 NBW aangewezen zijn. Niet geheel, want het herstel kan beschouwd worden als een schadebeperkende maatregel en dit kan betekenen dat gezien art. 6.1.9.6 NBW de koper op straffe van geheel of gedeeltelijk verlies van schadevergoedingsaanspraken zelfs verplicht is het herstel zo spoedig mogelijk te doen verrichten.

Gezien art. 7.1.1.4a is dit derde lid van dwingend recht in die zin dat niet ten nadele van de koper van de bepaling afgeweken kan worden. Dit is ook de reden om een nieuw tweede lid, onder vernummering van lid 2 in lid 3, op te nemen waarin bepaald is dat indien bij een consumentenkoop de koper herstel of vervanging overeenkomstig lid 1 sub b of c verlangt, de verkoper bevoegd is tussen vervanging of teruggave van de koopprijs te kiezen, zodat de vrijheid van de koper om een keuze te doen uit de hem terzake van een tekortkoming toekomstende rechten en bevoegdheden beperkt wordt. Deze beperking geldt echter alleen voor de in lid 1 onder b en c genoemde bevoegdheden en niet voor andere rechten zoals dat op ontbinding. Uiteraard geldt het tweede lid ook alleen maar voor de koop van zaken die voor feitelijke vervanging vatbaar zijn.

Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat art. 3.11.3 lid 1 niet van dwingend recht is en de wet zelf aangeeft dat geen rechterlijke machtiging gevraagd hoeft te worden om op te treden, biedt art. 7.4.2.4 lid 3: "Is de verhuurder met het verhelpen (van gebreken op vordering van de huurder, AWJ) in verzuim, dan kan, niettegenstaande strijdig beding, de huurder dit verhelpen zelf verrichten en de daarvoor gemaakte kosten, voorzover deze redelijk waren, op de verhuurder verhalen, desgewenst door deze in mindering op de huurprijs te brengen". Art. 7.4.2.4<sup>942</sup> is de logische voortzetting van de artt. 1623) en 1634 BW<sup>943</sup> zoals die eerder in par. 3.5.2.1 behandeld werden, terwijl ook de artt. 1586 en 1587 BW inhoudende de verplichtingen van de verhuurder om het gehuurde te onderhouden en te herstellen en de huurder het rustige genot ervan te doen hebben in art. 7.4.2.4 overgenomen zijn. Daarmee staat voor het komend recht vast dat de verhuurder verplicht is gebreken te verhelpen, ongeacht door welke oorzaak die gebreken ontstaan zijn, mits de huurder dit verlangt. Doet de huurder dit niet, dan is de verhuurder niet bevoegd tot het uitvoeren van herstellingen. Slechts heeft hij op grond van art. 7.4.3.8 het recht dringende reparaties uit te voeren, die de huurder moet dulden. Met name het derde lid is van belang. Op grond van het algemene art. 3.11.3 lid 1 kan de rechter de huurder machtigen zelf het herstel te bewerkstelligen als de verhuurder zijn verplichting tot het verhelpen van een gebrek niet nakomt. In de regel zal het echter niet gaan om grote bedragen en omdat de meeste huurders niet snel een gerechtelijk-

<sup>942</sup> Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting vierde gedeelte (Boek 7), 's-Gravenhage 1972, blz. 918-920; Asser-Hartkamp I, no. 644; Asser-Abas, no. 21.

<sup>943</sup> Uit wetsontwerp 17.896 (het zevende gedeelte van de invoeringswetgeving boeken 3, 5 en 6 NBW) blijkt dat deze artikelen voorlopig gehandhaafd blijven als onderdeel van Boek 7A en dat de volgende wijzigingen worden aangebracht: in plaats van "artikel 1277" wordt gelezen "artikel 3.11.3"; in plaats van "te doen uitvoeren" "uit te voeren" en in plaats van "in vergelijking brengen" "kan verrekenen".

ke procedure zullen beginnen, zeker niet tegen hun verhuurder, heeft de wetgever voor deze bepaling gekozen ter bescherming van de huurder. In het oog moet daarbij gehouden worden dat als de huurder alleen een bevoegdheid ex art. 3.11.3 zou hebben, hij in veel gevallen of de herstellingen die voor rekening van de verhuurder zouden komen zelf betaalt, of geruime tijd in het achterwege blijven van die herstellingen berust, wat vanuit het algemeen belang gezien minder gewenst is. Daarnaast bevat art. 3.11.3 geen dwingend recht: afwijking, zelfs uitsluiting, is bij overeenkomst toegestaan. Verwacht zou mogen worden dat anders in iedere huurovereenkomst een standaardafwijking ten gunste van de verhuurder opgenomen zou worden. Daarom ook is deze specifieke bepaling van dwingend recht.

In art. 7.10.5.17<sup>944</sup> is de mogelijkheid tot een veroordeling om de dienstbetrekking te herstellen opgenomen. Het artikel stemt overeen met het huidige art. 1639t BW, welke bepaling hierboven in par. 3.5.4.2 behandeld is. Omdat daar niet veel aan toe te voegen valt, zal de behandeling van de bepaling zeer kort kunnen blijven. Er valt slechts op te wijzen dat de Toelichting op de vijfde afdeling van titel 10, blz. 1057, duidelijk uitspreekt dat de vijfde afdeling van titel 7A van het huidig BW in 1953 na een grondige voorbereiding gemoderniseerd is en dat daarna nog enkele wijzigingen aangebracht zijn, zodat deze betrekkelijk recent opnieuw vastgestelde bepalingen van het huidige wetboek vrijwel in hun geheel in boek 7, titel 10 opgenomen konden worden. Overigens zou de rechter al op grond van art. 3.11.4 de dienstbetrekking kunnen herstellen, zodat art. 7.10.5.17 strikt genomen niet noodzakelijk is. Bedacht mag echter worden dat de tiende titel van boek 7 ook door niet-juristen veelvuldig geraadpleegd zal worden en dat door het hier (opnieuw) uitspreken van de veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking meer duidelijkheid voor deze niet-juristen (en mogelijk ook voor juristen) geschapen is.

#### 10.5.1.9 De artt. 8.3.2.10 en 8.8.2.11 NBW

Over de artt. 8.3.2.10 en 8.8.2.11 NBW<sup>945</sup> hoeft na het opgemerkte in par. 10.3.4. en 6. weinig meer opgemerkt te worden. Bovendien kan er ook niet veel meer aan toegevoegd worden.

<sup>944</sup> Blijkens wetsontwerp 17.896 zal art. 1639t voorlopig gehandhaafd worden als onderdeel van Boek 7A.

<sup>945</sup> Vgl. de MvT op wetsontwerp 14.049 (uitmondend in de wet van 28 maart 1979, Stb. 245), nr. 3, blz. 56 en 149, waar verwezen wordt naar de MvT op art. 757 (nieuw) K. Het betreft wetsontwerp 11.709 (uitmondend in de wet van 3 juli 1974, Stb. 388) nr. 5, blz. 14. Daar wordt verder verwezen naar de MvT op art. 6 Wet teboekgestelde luchtvaartuigen: wetsontwerp 4134 (leidend tot de wet van 6 maart 1957, Stb. 72) nr. 6, blz. 11. Zie ook nr. 8 van dat wetsontwerp, VV II, blz. 4 en nr 9, MvA II, blz. 5; Asser-Beekhuis I, no. 285. Aangezien de invoering van deze bepalingen onzeker is, zowel wat betreft de formulering als het tijdstip, ruim ik weinig plaats voor een bespreking van deze artikelen in.

De artikelen hebben betrekking op de levering van zeeschepen resp. binnenschepen die teboekgesteld zijn en stemmen overeen met de artt. 318 en 318a K resp. 757 K. Slechts kleine wijzigingen zijn aangebracht. Zo wordt in plaats van aantekening over inschrijving gesproken. Daarnaast wordt onder akte niet alleen begrepen een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, houdende de veroordeling tot de levering, maar wordt als extra eis toegevoegd dat het een vonnis van de Nederlandse rechter betreft, en dat het vonnis of in kracht van gewijsde is gegaan of uitvoerbaar bij voorraad is. Tevens wordt aangegeven wanneer het vonnis in kracht van gewijsde gaat. Geschrap is de in art. 318a lid 2 K voorkomende mogelijkheid van een veroordeling tot schadevergoeding. Beide bepalingen zijn nu nagenoeg identiek. Afgezien van het onderscheid zeeschip-binnenschip is het enige verschil dat de levering van in het register teboekgestelde zeeschepen (en van aandelen in die schepen) geschiedt door overschrijving van een notariële akte in het register. Tevens wordt hiermee afgeweken van het huidige recht. Deze eis wordt gesteld in verband met de waarde van de over te dragen objecten en de niet steeds eenvoudige rechtsvragen die daarbij kunnen rijzen. Door deze eis te stellen wordt aangesloten bij art. 6 WTL, welk artikel dezelfde eis stelt.

Door de termijn van drie maanden in het tweede lid op te nemen wordt bereikt dat in geval een vonnis is gewezen nadat de gedaagde verstek heeft laten gaan, de eiser niet kan worden gedupeerd doordat de gedaagde door zich schuil te houden het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis verhindert. Anderzijds is deze termijn als voldoende ruim te beschouwen met het oog op de belangen van de gedaagde.

Dat er zo'n grote mate van overeenstemming bestaat tussen deze bepalingen uit het Wetboek van Koophandel en boek 8 NBW is overigens niet zo verwonderlijk: de wet van 3 juli 1974, Stb. 388, waarbij art. 757 K gewijzigd werd is gebaseerd op het voorontwerp van boek 8 NBW zoals dat op 10 mei 1972 door prof. mr. H. Schadee aan de minister van justitie werd aangeboden.

#### 10.5.2 Nog enkele bepalingen uit NRv.

Behalve in art. 3.11.4a NBW vinden we ook in art. 474i NRv.<sup>946</sup> een aanvulling op art. 3.11.4 NBW. In art. 474i wordt de reële executie van een vordering tot levering van een aandeel op naam mogelijk gemaakt. Er wordt daarbij van uitgegaan dat in geval de executoriale titel een rechterlijke uitspraak is, deze krachtens art. 3.11.4 lid 2 de akte die nodig is voor de levering van een aandeel op naam (vgl. artt. 2:86 en 2:196 BW) vervangt. Daartoe wordt de regeling van de leden 2-4 van art. 474h NRv. van overeenkomstige toepassing verklaard. In deze leden is onder meer de levering van aandelen geregeld, nl. door de betekening van het door de deurwaarder opgemaakte proces-verbaal en van de te executeren titel aan de vennootschap, soms gevolgd door de afgifte van het aandeelbewijs aan de vennootschap, de aantekening van de dag der levering in het aandeelhoudersregister en de afgifte van duplicaten.

Hoewel het artikel niet de eis van beslaglegging stelt, kan dit aan te bevelen zijn, zeker als er al een beslag op het aandeel gelegd is of dit dreigt. Door beslag te leggen kan er voor gezorgd worden dat het

<sup>946</sup> Kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT, blz. 48.

aandeel in het vermogen van de beslagene blijft totdat vaststaat hoe het geschil tussen de schuldeisers beslist wordt.

Wat de artt. 444-444b NRv. betreft,<sup>947</sup> deze bepalingen verschillen inhoudelijk nauwelijks van de artt. 444 e.v. Rv. zoals die hierboven in par. 8.6 ter sprake zijn gekomen. In art. 444 NRv. wordt door het vervallen van art. 446 Rv. gesproken over de volgende drie artikelen, terwijl vervallen is de eis dat de in het artikel bedoelde ambtenaar het proces-verbaal ondertekent. Gebleken is namelijk dat in de praktijk deze ambtenaar niet tot het einde van de executie aanwezig blijft, zodat aan het vereiste vaak moeilijk te voldoen is, terwijl bovendien de waarborg die het beoogt te verschaffen van weinig waarde is. Door opneming van art. 438 lid 4 NRv. kan van art. 444a het vijfde lid vervallen, zodat art. 444a NRv. nu vier leden telt. Zoals in zoveel bepalingen wordt in art. 444b NRv. gesproken van rente en niet langer van interessen.

Art. 525 NRv.<sup>948</sup> komt in grote lijnen overeen met het huidige art. 529 Rv. In het eerste lid wordt duidelijk aangegeven dat door de inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing van de executoriale verkoop de koper recht krijgt op de verkochte zaken. Het tweede lid geeft aan wanneer die inschrijving niet tot stand kan komen, terwijl het derde lid uitspreekt dat de geexecuteerde (met de zijnen) op enkel vertoon van het proces-verbaal tot ontruiming genoodzaakt kan worden op de wijze bepaald bij de artt. 556 en 557 NRv.

### 10.5.3 Drie bepalingen uit de Kadasterwet

Ter voldoening aan art. 3.1.2.1 lid 2 NBW, waar onder meer bepaald wordt dat de inhoud van de ter inschrijving aan te bieden akten, de inrichting van de openbare registers en de raadpleging daarvan geregeld worden bij wet, bevat wetsontwerp 17.496 onder nr. 4 een voorstel van regels met betrekking tot de openbare registers voor registergoederen, alsmede met betrekking tot het kadaster, de zogenaamde Kadasterwet,<sup>949</sup> terwijl onder nr. 5 de Memorie van Toelichting opgenomen is. Het verband tussen de Kadasterwet en het NBW blijkt tevens uit het feit dat dit wetsontwerp voor het overige het vierde gedeelte van de invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW inhoudt en wel het gedeelte dat de in boek 3 aan te brengen wijzigingen bevat.

<sup>947</sup> Kamerstuk 16.593, nr. 3 MvT, blz. 35-36; nr. 4, VV II, blz. 6-7; nr. 5, MvA II, blz. 11-12; Verpaalen, blz. 524-525 en 539 e.v.

<sup>948</sup> Kamerstuk 16.593, nr. 3, MvT, blz. 87, nr. 5, MvA I, blz. 21.

<sup>949</sup> Zie hierover Asser-Beekhuis I, no. 455 e.v.; J.L.G. Henssen, De Ontwerp-Kadasterwet, BR 1985, blz. 505 e.v.; E.A.A. Luijten, Het Ontwerp-Kadasterwet, WPNR 5620 (1982); het rapport van de commissie Kadasterwet van de Koninklijke Notariele Broederschap, WPNR 5661 (1983), A.A. van Velten, Wijzigingen in boek 3 NBW in verband met het Ontwerp-Kadasterwet, WPNR 5647 (1983) en dez., De Kadasterwet, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984, blz. 53-55; G. Verdoes Kleijn, De Ontwerp-Kadasterwet en de rol van de notaris, BR 1985, blz. 512 e.v.

Een bepaling uit de ontwerp-Kadasterwet is voor ons van speciaal belang, zodat ik me verder in mijn bespreking van dit onderwerp vrijwel zal beperken tot dat ene artikel: art. 26; de artt. 32 en 36 zullen slechts aangeduid worden.

Art. 26<sup>950</sup> is opgenomen in titel 2, afdeling 2 (vereisten waaraan ter inschrijving aangeboden stukken moeten voldoen in verband met de aard van het in te schrijven feit) en geeft een nadere regeling voor de reële executie van een vonnis tot levering. Het artikel betreft de inschrijving van rechterlijke uitspraken waaronder in de eerste plaats de rechterlijke uitspraak die voor een leveringsakte in de plaats treedt, wat art. 3.11.4 lid 2 NBW in aansluiting op en als uitbreiding van de huidige artt. 318 lid 2 en 757 K en art. 6 WTL, voor alle gevallen dat voor een levering een akte vereist is mogelijk maakt. Het geldt echter ook voor alle andere rechterlijke uitspraken die krachtens wetsbepaling inschrijfbaar zijn. Daarbij kan allereerst gedacht worden aan de in art. 3.1.2.2 lid 1 sub e NBW bedoelde uitspraken die de rechtstoestand van een registergoed dan wel de bevoegdheid om daarover te beschikken betreffen. Verder vallen daaronder bijv. uitspraken waarbij op een revindicatie ex art. 5.1.4 NBW wordt beslist of omtrent de rechtstoestand van het registergoed een declaratoire uitspraak zoals bedoeld in art. 3.11.7 wordt gedaan. Bovendien kan gedacht worden aan uitspraken omtrent de verkrijgende verjaring van afd. 3.4.3 NBW en uitspraken gegrond op de artt. 5.4.9, 5.4.16 lid 1 en 5.10.1.15 NBW. Ook vallen hieronder uitspraken als onder curatelestelling, onder bewindstelling van het vermogen van de rechthebbende, faillietverklaring en surséance van betaling, voor zover het betreft de bevoegdheid om over een registergoed te beschikken. Daarnaast zijn er vele andere artikelen op grond waarvan rechterlijke uitspraken inschrijfbaar zijn, bijv. de artt. 3.7.1.2, 3.9.2.2 lid 4 en 6.5.3.12a lid 3 NBW, 6 lid 2 WTL, 318 lid 2 en 757 lid 2 K.

Voor al deze verschillende gevallen moet art. 26 een oplossing geven die ervoor zorgt dat alleen uitspraken die volgens het burgerlijk recht inschrijfbaar zijn, het ook slechts tot inschrijving kunnen brengen. Probleem daarbij is dat het in de praktijk soms bijzonder moeilijk kan zijn om vast te stellen of een uitspraak wel of niet kracht van gewijsde heeft gekregen. Ik hoef er slechts op te wijzen dat een dagvaarding in verzet, hoger beroep of cassatie uitgebracht kan zijn zonder dat het gerecht tegen welks uitspraak zij is gericht of het gerecht waarbij het rechtsmiddel ingesteld wordt hiervan op de hoogte is. Verder begint de verzetstermijn op grond van art. 81 Rv. te lopen vanaf de betekening van het vonnis aan de veroordeelde in persoon of vanaf enige daad waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de uitspraak of de tenuitvoerlegging hem bekend is. Te wijzen valt ook op art. 429n Rv. dat ook aan de belanghebbenden die in eerste instantie geen partij waren de bevoegdheid geeft hoger beroep in te stellen, waarbij de termijn pas aanvangt nadat de beschikking aan hen betekend is of op andere wijze bekend geworden is.

Hieruit volgt dat het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak moeilijk te constateren kan zijn en dat de kwestie niet eenvoudig op te lossen is met een verklaring van hetzij de griffier van het gerecht tegen welks uitspraak het rechtsmiddel zich richt, hetzij van de griffier van het gerecht waarbij het rechtsmiddel wordt ingesteld. De artt. 86 en 433 Rv. geven immers slechts de bevoegdheid en niet de verplichting van het inschrijven van het rechtsmiddel, terwijl de beide

<sup>950</sup> Wetsontwerp 17.496, nr. 5, MvT, blz. 62-64.



bepalingen slechts voor vonnissen en beschikkingen kunnen gelden, waarop zij trouwens ook niet zijn af te stemmen, aangezien daar juist een duidelijk onderscheid tussen "wederpartij" en "derden" ontbreekt. Daarom vinden we a. in de artt. 3.1.2.2 onder e en 6.5.3.12a de eis van een griffiersverklaring, b. in art. 3.1.2.9 de uitsluiting van het verzet en de verplichting om, wil men in hoger beroep of cassatie gaan, binnen acht dagen dit in het register van art. 433 Rv. in te schrijven, c. in de artt. 3.1.2.10a, 5.3.10b, 5.7.1.10a en 5.10.1.8a de eis dat de inschrijving van het rechtsmiddel binnen acht dagen in de registers van de artt. 86 en 433 Rv. plaats moet vinden en dat in afwijking van art. 81 Rv. de verzettermijn begint te lopen vanaf de betekening van het vonnis aan de ingeschrevene, ook als de betekening niet aan hem in persoon geschiedt. Daarom ook is art. 3.11.4a NBW opgenomen. In dat artikel wordt, zoals we hierboven gezien hebben, onder meer bepaald dat een uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat zij voor een akte bestemd tot levering in de plaats treedt, slechts kan worden ingeschreven indien zij ofwel uitvoerbaar bij voorraad is ofwel in kracht van gewijsde gegaan is, terwijl voor het instellen van rechtsmiddelen daarentegen soortgelijke eisen gesteld worden als hierboven bij punt c aangegeven is.

Uit het bovenstaande volgt dat van de griffier omtrent het in kracht van gewijsde zijn van een vonnis een sluitende verklaring verlangd kan worden. Want als niet binnen acht dagen na het verstrijken van de termijn voor verzet, hoger beroep of cassatie het betreffende rechtsmiddel in het register van de griffier ingeschreven is, dan concludeert de griffier dat het rechtsmiddel niet meer tijdig ingesteld kan worden.

Op grond van het hier opgemerkte ontstaat het volgende beeld (art. 26 lid 1):

Ter inschrijving van een rechterlijke uitspraak die voor een akte van levering in de plaats treedt, of die anderszins krachtens wetsbepaling kan worden ingeschreven, wordt een expeditie van de rechterlijke uitspraak aangeboden, alsmede:

a. indien de rechterlijke uitspraak slechts inschrijfbaar is, nadat zij in kracht van gewijsde is gegaan: een verklaring van de griffier van het gerecht dat de uitspraak heeft gedaan, inhoudende dat daartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat;

b. indien de onder a. bedoelde eis voor inschrijfbaarheid niet is gesteld en de rechterlijke uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad is: een verklaring van de griffier van het gerecht dat de uitspraak heeft gedaan, inhoudende:

1e hetzij dat daartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat, hetzij dat hem drie maanden na de uitspraak niet van het instellen van een gewoon rechtsmiddel is gebleken;

2e zo het rechtsmiddel bij verzoekschrift moet worden ingesteld, dat ook de griffier van het gerecht waar dit verzoekschrift moet worden ingediend, niet van het instellen van een rechtsmiddel is gebleken;

c. indien door de inschrijving betekening aan de veroordeelde vereist is, een door de deurwaarder getekend afschrift van het exploit, waarbij de betekening is geschied.

Het sub b, 2e genoemde houdt in dat de bewaarder zich niet bezig hoeft te houden met de vraag of er een rechtsmiddel ingesteld is tegen een beschikking. De taak om dit te onderzoeken wordt op de schouders van de griffier van het gerecht tegen welks uitspraak het rechtsmiddel

gericht is gelegd. Het sub c genoemde houdt rekening met de mogelijkheid dat geen inschrijving toegelaten kan zijn voordat de uitspraak aan de veroordeelde betekend is. Een voorbeeld hiervan vinden we in art. 3.11.4a NBW.

De leden 2 en 3 houden in dat als het gaat om de inschrijving van een beslissing van een rechter uit een vreemde mogendheid een authentiek afschrift van de beslissing aangeboden wordt, dit om fraude te voorkomen, en dat arbitrale uitspraken slechts worden ingeschreven als zij zijn voorzien van een bevelschrift zoals bedoeld in art. 1062 (of 642 oud) Rv. of van een verlof tot tenuitvoerlegging zoals bedoeld in art. 993 jo 985 Rv.

In art. 32 wordt bepaald dat als een reglement of regeling geldende tussen medegerechtigden in een registergoed door de rechter vastgesteld is, de inschrijving beheerst wordt door art. 26 Kadasterwet.

Art. 36 geeft in het eerste lid aan dat ter inschrijving van een of meer verklaringen van waardeloosheid zoals bedoeld in art. 3.1.2.10 een door een notaris opgemaakte verklaring aangeboden wordt die inhoudt dat degenen te wier behoefte de inschrijving zou hebben gestrekt, schriftelijk hebben verklaard dat zij waardeloos is en waaraan deze schriftelijke verklaringen zijn gehecht, dan wel een authentiek afschrift van de verklaring van de notaris en de daaraan gehechte verklaringen. De leden 2 en 3 hebben betrekking op verklaringen zoals bedoeld in resp. art. 3.9.4.19 en 3.9.4.20, die met een verklaring van waardeloosheid gelijkenis vertonen.

## 10.6 DE BELANGRIJKSTE VERSCHILLEN TUSSEN HUIDIG EN WORDEND RECHT.

Vergelijken we het recht zoals dat op dit moment geldt met de rechtsregels zoals die in de toekomst moeten gaan gelden, dan komt als grootste verschilpunt (en verbetering) naar voren dat straks een algemene regeling zal bestaan aangaande de reële executie van verplichtingen tot het verrichten van een rechtshandeling en derhalve van de eigendomsoverdracht van registergoederen als onroerende zaken en daarop gevestigde beperkte rechten.<sup>951</sup>

Op grond van art. 3.11.4 NBW bestaan drie mogelijkheden:

- de rechterlijke uitspraak heeft dezelfde kracht als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is ("vonnis vervangt wilsverklaring");
- de handeling zal verricht worden door een door de rechter aan te wijzen vertegenwoordiger ("dwangvertegenwoordiger"), of
- de rechter kan in de gevallen dat gedaagde gezamenlijk met eiser een akte moet opmaken, bepalen dat zijn uitspraak in de plaats van de akte of een deel daarvan zal treden ("vonnis vervangt akte").

Het voorbeeld van een door de rechter aan te wijzen dwangvertegenwoordiger is de onzijdig persoon zoals die voorkomt in art. 1117 BW en art. 3.7.1.10 NBW. De rechter zal waarschijnlijk aan deze mogelijkheid

<sup>951</sup> Ook voor de overdracht van roerende zaken is een rechtshandeling nodig. In die gevallen echter ligt het zwaartepunt niet zozeer bij het verrichten van de rechtshandeling alswel bij de feitelijke overdracht. Bij de overdracht van registergoederen is het verrichten van de rechtshandeling het meest in het oog springende element.

de voorkeur geven, zeker in de gevallen dat de inhoud van de rechts-handeling nog nadere uitwerking behoeft (bijv. de koop van onroerend goed), vooral ook omdat in het artikel de mogelijkheid opgenomen is dat de rechter bepaalt dat de door de dwangvertegenwoordiger te verrichten handeling zijn goedkeuring behoeft.<sup>952</sup> Dat de rechterlijke uitspraak in de plaats kan treden van de af te leggen wilsverklaring blijkt voor het huidige recht uit de artt. 1217 lid 3, 1239 BW, 624 en 696 Rv, dat het vonnis de akte kan vervangen blijkt uit de artt. 318 lid 2 en 757 lid 2 K, 59 lid 1 Onteigeningswet en 42 lid 3 Octrooiwet. Door art. 3.11.4 NBW op te nemen kunnen de meeste specifieke bepalingen zoals wij die nu kennen, vervallen: deze keren niet terug in het nieuwe recht.<sup>953</sup> Zo zal de mogelijkheid van reële executie bij de vestiging van hypotheek of bij de doorhaling van een inschrijving in de openbare registers in de toekomst op deze algemene regel te baseren zijn. Door het opnemen van art. 3.11.4 zal ook -uitdrukkelijk- de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van art. 671 BW, die vanaf 23 juni 1899, W 7302 de vervanging van de in dat artikel bedoelde akte door een rechterlijke uitspraak niet geoorloofd achtte, terzijde gesteld worden. Weliswaar werd de laatste jaren in de lagere rechtspraak<sup>954</sup> de reële executabiliteit van de verplichting tot levering van onroerend goed wel erkend, maar het was onzeker of de Hoge Raad op zijn uitspraak zou terugkomen.<sup>955</sup>

In art. 3.11.4a worden enige nadere eisen gesteld aan de uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat deze in de plaats treedt van (een deel van) een tot levering van een registergoed bestemde akte. Evenals art. 474i NRv., betrekking hebbend op de reële executie van een vordering tot levering van een aandeel op naam, en art. 26 Kadasterwet dat een nadere regeling geeft van de vereisten waaraan de ter inschrijving in de openbare registers aangeboden stukken moeten voldoen in verband met aard van het in te schrijven feit, vormt de bepaling een uitwerking van art. 3.11.4 NBW.

Een tweede belangrijke verbetering is het opnemen van een algemene regeling aangaande de gedwongen ontruiming in de artt. 555-558 NRv. Deze regeling zal toepassing kunnen vinden op een breed scala van uiteenlopende veroordelingen: van de ex-eigenaar die de onroerende zaak verkocht of de huurder die het huurbeding van art. 3.9.4.8 NBW tegen zich moet laten werken tot ontruiming na geëindigde erfpacht (vgl. HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323) of na onderhuur met eindigende

<sup>952</sup> Art. 3.7.1.12 lid 2 NBW regelt een vergelijkbaar geval: de verdeling van een gemeenschap verricht door een daartoe door de rechter benoemde vertegenwoordiger behoeft de goedkeuring van de kantonrechter.

<sup>953</sup> Een uitzondering wordt onder meer gemaakt voor de levering van schepen: artt. 8.3.2.10 en 8.8.2.11 NBW. Zo keert ook art. 1639t BW (veroordeling tot herstel dienstbetrekking) terug in art. 7.10.5.17 NBW en vervallen de artt. 59 Onteigeningswet en 42 Octrooiwet niet, hoewel dit m.i. wel mogelijk geweest zou zijn.

<sup>954</sup> Rb. 's-Gravenhage 30 november 1976, NJ 1978, 13; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 1981, NJ 1981, 523; Hof Leeuwarden 3 maart 1982, WPNR 5616 (1982), Pres. rb. 's-Gravenhage 17 juni 1983, KG 1983, 222, Rb. Haarlem 19 februari 1985, NJ 1987, 51 en Pres. rb. Arnhem 21 augustus 1986, KG 1986, 419.

<sup>955</sup> Vgl. mijn Levering van onroerend goed nu al reëel executabel?, WPNR 5624 (1982).

hoofdhuur (vgl. HR 29 november 1985, NJ 1986, 276). Ook zal de regeling gelden voor ontruiming van gekraakte gebouwen en -naar analogie- voor de ontruiming van roerende zaken als een autobus,<sup>956</sup> een boot of een caravan. Het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent in de artt. 122-124 een verouderde regeling (o.a. is vereist de bijstand van twee door de kantonrechter te benoemen getuigen), die slechts in bijzondere gevallen geldt. Samen met de artt. 491-500 (van executie tot afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn) en 730-737 NRv. (van conservatoir beslag tot afgifte van zaken en tot levering van goederen) wordt door de artt. 555-557 een uitwerking gegeven aan art. 3.11.2 NBW, waarbij deze uitwerking zelfs het voorgestelde eerste lid vervangt.<sup>957</sup> Art. 558 NRv. bevat een aanvulling op art. 3.11.3 NBW om ervoor te zorgen dat de geëxecuteerde de toepassing van dat artikel niet kan verwijden door het bieden van feitelijke weerstand.

Bezien we de overige bepalingen uit boek 3, titel 11 NBW die betrekking hebben op de reële executie, dan moet allereerst art. 3.11.1 NBW genoemd worden. In deze bepaling wordt het recht om nakoming te vorderen in beginsel erkend. Weliswaar wordt voor het eerst in de wet opgenomen dat uitgangspunt van ons recht is dat de schuldeiser in principe recht heeft op nakoming van de verbintenis, maar in feite is het een codificatie van het geldend recht. Opgemerkt moet wel worden dat de bepaling niet slechts betrekking heeft op verbintenissen, maar op alle rechtsplichten.

Art. 3.11.2 vormt de grondslag voor de reële executie van een verplichting tot "feitelijk" geven, waar de overdracht de eigendomsovergang impliceert. Deze grondslag voor de reële executie van een verplichting tot "feitelijk" geven, betekent dat de bepaling ook van toepassing zal zijn bij de afgifte op grond van een huurovereenkomst. Het artikel wordt uitgewerkt in de artt. 491-500, 555-557 en 730-737 NRv. Die bepalingen zijn echter niet van toepassing op de overdracht van registergoederen, zoals onroerende zaken en de daarop gevestigde beperkte rechten, waarbij de levering plaats vindt door de inschrijving in de openbare registers van een notariële transportakte; voor deze goederen geldt art. 3.11.4. Door deze bepalingen op te nemen is een eind gemaakt aan de bestaande onzekerheid (bijv. ten aanzien van de verbintenis tot het geven van roerende lichamelijke en naar de soort bepaalde zaken), nu de mogelijkheid van reële executie van zowel individueel als naar de soort bepaalde goederen wordt uitgesproken. In de artt. 491 e.v. NRv. wordt geregeld de reële executie van het recht op afgifte krachtens zakelijke en persoonlijke rechten op afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn. Blijkens art. 491 lid 2 NRv. geschiedt de executie doordat de deurwaarder de zaak onder zich neemt en afgeeft aan de gerechtigde. Uit art. 493 volgt dat deze regeling voor individueel bepaalde zaken en soortzaken geldt. Betreft het een recht op levering van de zaak, dan houdt de afgifte ex artt. 3.4.2.5 en 3.4.2.6 NBW de bezitsverschaffing in, waardoor de gerechtigde de eigendom verkrijgt. Hoewel de executie tot afgifte in beginsel slechts is bedoeld voor de aflevering van roerende zaken die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, kan deze executie dus ook die-

<sup>956</sup> Vgl. HR 18 april 1935, NJ 1935, 887 en art. 67 Wet Autovervoer Personen.

<sup>957</sup> Ook het opnemen van de artt. 491 e.v. en 730 e.v. valt als een voorname vooruitgang te beschouwen.

nen tot levering van die zaken. Art. 3.11.2 NBW zegt immers dat de afgedwongen bezitsoverdracht hetzelfde gevolg heeft als de vrijwillige bezitsoverdracht ofwel de eigendomsoverdracht. Overigens voor onroerende zaken is de feitelijke afgifte, dat wil zeggen de ontruiming, in de hierboven genoemde artt. 555 e.v. NRV. geregeld.

De artt. 730 e.v. NRV. vormen het sluitstuk van de mogelijkheid van reële executie van vorderingen tot afgifte van zaken en levering van goederen, aangezien in deze bepalingen aan de schuldeiser de bevoegdheid verleend wordt tot het leggen van conservatoir beslag.

Door het opnemen van art. 3.11.2 NBW met de genoemde uitwerkingen zal het onder het wordend recht geen punt van discussie meer zijn of reële executie van de verplichting tot levering van een auto mogelijk is. De vraag zal eenstemmig bevestigend beantwoord worden.

In het nieuwe recht zal de verplichting om te geven reëel executabel zijn: hetzij op grond van de artt. 3.11.2 c.s., hetzij op grond van art. 3.11.4 NBW. Tevens wordt op deze wijze bereikt dat een algemene regeling bestaat dat de niet-eigenaar, die immers geen revindicatoir beslag kan leggen, zijn recht op levering kan verwezenlijken.

Nieuw ook is de vuistregel van art. 3.11.2a in geval van botsende persoonlijke rechten op levering van hetzelfde goed. De bepaling houdt in dat in dergelijke gevallen het oudste recht op levering prevaleert, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. Ook hier is sprake van een gedeeltelijk nieuwe regel, maar deze regel wordt m.i. minder (om niet te zeggen: vrijwel niet) gedragen door doctrine en jurisprudentie dan de codificatie van opvattingen die tot de artt. 3.11.1 en 3.11.2 leidden. Dat oudere rechten boven jongere rechten gaan is eigen aan zakelijke rechten.<sup>958</sup> Voor persoonlijke rechten geldt daarentegen dat die rechten een gelijke aanspraak bezorgen (waarbij de regel geldt wie het eerst komt, die het eerst maalt) en dat pas als er door de tweede verkrijger een onrechtmatige daad gepleegd wordt, de eerste gerechtigde een beter recht heeft. Door het ontbreken van zo'n rangorderegeling was het in het verleden niet duidelijk wat rechtens was, zodat het introduceren van een vuistregel toegejuicht kan worden. Voor de botsende leveringsrechten op onroerend goed geef ik echter de voorkeur aan het in de huidige artt. 318a en 757 K en 6 WTL neergelegde stelsel dat de rangorde van de leveringsrechten bepaald wordt door het tijdstip van het nemen van een conservatoire maatregel, namelijk de inschrijving van de vordering tot levering in de openbare registers. Aandacht verdient dat de vuistregel geen toepassing kan vinden als al aan een van de gerechtigden geleverd is (de regel heeft betrekking op rechten tot levering) en dat de regel m.i. uitgebreid moet worden tot iedere botsing van persoonlijke rechten terzake van een prestatie die slechts eenmaal kan worden nagekomen, zodat bijvoorbeeld ook de dubbele verhuur en de dubbele alleen-verkoopovereenkomst onder het bereik van de vuistregel gebracht worden.

Dat hiermee een onderscheid gemaakt wordt binnen de groep van persoonlijke rechten tussen geldvorderingen en andere vorderingen, vind ik niet verwerpelijk. Bij geldvorderingen kunnen de schuldeisers het beschikbare geldbedrag eenvoudig verdelen, bij andere vorderingen is dit veelal juist niet mogelijk. We hoeven slechts te denken aan de dubbele verhuur van een eensgezinswoning aan twee gezinnen. Een derge-

<sup>958</sup> Vgl. art. 3.1.2.4a en 3.4.2.10 lid 2 NBW en 1226 BW. Zie ook Hof 's-Gravenhage 1 februari 1985, NJ 1986, 538: oudere fiduciaire eigendomsoverdracht gaat voor de jongere.

lijke woning is bestemd voor bewoning door een gezin.

Als opvolger van de artt. 1276 en 1277 BW is art. 3.11.3 NBW te beschouwen. De bepalingen stemmen grotendeels overeen; al worden tekstuele wijzigingen aangebracht, er is niet beoogd inhoudelijk af te wijken. Een voorbeeld van een tekstuele aanpassing is dat de bepaling zich niet langer richt tot de schuldeiser, maar tot de rechter. Geen bepaling is in het huidige of het wordende recht gewijd aan de schending van een verplichting tot het nalaten van een rechtshandeling. In de regel kunnen dergelijke verplichtingen niet afgedwongen worden en zal genoeg genomen moeten worden met schadevergoeding.

Tot slot moet aan enkele van de overige bepalingen in het NBW die te maken hebben met reële executie aandacht besteed worden. Allereerst zijn dit de artt. 3.1.2.10 en 3.1.2.10a, inzake de doorhaling en waardeelosverklaring van inschrijvingen in het algemeen, en art. 3.9.4.20 aangaande de doorhaling van hypothecaire inschrijvingen. In het huidige recht bestaat slechts de mogelijkheid tot royement van hypothecaire inschrijvingen op grond van art. 1239 BW en wees de rechtspraak een uitbreiding van de mogelijkheid van doorhaling af.<sup>959</sup> Deze uitbreiding van het toepassingsgebied is de enige materiele afwijking van het huidige recht, de doorhaling blijft een administratieve maatregel.

Verheugend is het dat de adiudicatio opgenomen wordt in art. 3.7.1.14 lid 1 NBW. Weliswaar wordt rechterlijke verdeling van een gemeenschap door een meerderheid van de schrijvers al voor het huidige recht aanvaard, daarbij uitgaande van art. 1122 BW, unanimité bestond niet. Door deze uitdrukkelijke wettelijke regeling verdwijnt iedere twijfel over de bevoegdheid van de rechter naar wordend recht. In art. 6.1.9.9 NBW wordt de schadevergoeding in natura, die de HR naar huidig recht alleen bij een vordering op grond van onrechtmatige daad erkende, tenzij zoals in art. 1276 BW de wet zulk een andere vorm bij wanprestatie toelaatbaar acht, ook mogelijk gemaakt bij vorderingen die op een toerekenbare tekortkoming (=wanprestatie) berusten.<sup>960</sup> Hiermee wordt een einde gemaakt aan een onderscheid waarvoor geen goede grond kon worden gegeven. Overigens is deze vorm van schadevergoeding een secundaire, de bepaling stelt voorop dat schadevergoeding in geld moet worden voldaan.

Gedeeltelijk nieuw is art. 7.1.3.2 NBW waar in het derde lid de koper de bevoegdheid verkrijgt de zaak op kosten van de verkoper te laten herstellen, indien de verkoper daarmee na aanmaning in gebreke blijft, zonder dat een rechterlijke machtiging vereist is. Het betreft hier een nadere uitwerking van art. 3.11.3 NBW (en 1277 BW). Het bijzondere -en afwijkende- is dat de bevoegdheid alleen geldt ingeval van consumentenkoop en dat de bepaling van dwingend recht is, in die zin dat niet ten nadele van de koper afgeweken mag worden.

<sup>959</sup> Bijv. HR 14 maart 1980, NJ 1980, 536 voor de doorhaling van een transportakte.

<sup>960</sup> Vgl. HR 21 december 1923, NJ 1924, 121; HR 22 januari 1925, NJ 1925, 357; Asser-Rutten I, blz. 187. Onduidelijk is of de Hoge Raad deze leer nog huldigt of dat geanticipeerd zal worden op art. 6.1.9.9 NBW.

Afgezien van het eerste hoofdstuk, de inleiding, waarin uiteengezet wordt wat onder reele executie verstaan wordt en welke plaats de reele executie in ons rechtssysteem inneemt, valt dit proefschrift uiteen in vier gedeelten. Drie delen hebben betrekking op het Nederlandse recht: het verleden (hoofdstuk 2), het heden (hoofdstukken 3 tot en met 8) en de toekomst (hoofdstuk 10), terwijl het vierde gedeelte (hoofdstuk 9) gewijd is aan rechtsvergelijking.

Voor een goed begrip van het huidige (en het toekomstige) recht is het nodig enige aandacht te besteden aan het vroeger geldende recht: het huidige recht vindt zijn wortels in het verleden.

Dat voor het historisch overzicht slechts een beperkte ruimte beschikbaar gesteld hoefde te worden, heeft tweeerlei verklaring. Allereerst is mijn onderzoek gericht op de reele executie naar geldend en wordend recht, daarnaast verscheen een halve eeuw geleden het proefschrift van H.F.W.D. Fischer, De geschiedenis van de reele executie bij koop, een geschrift waar weinig aan toe te voegen valt.

Uit het historische overzicht blijkt dat de mogelijkheid van reele executie al vele eeuwen omstreden is. Het gaat echter te ver om rechtsstelsels die reele executie niet of nauwelijks erkennen als onderontwikkeld te betitelen. Zowel het Romeinse recht als het Hollandse recht uit de Gouden Eeuw vormden hoogontwikkelde rechtsstelsels, en is het huidige Anglo-Amerikaanse recht onderontwikkeld?

Voor het geldende burgerlijk recht wordt aandacht geschonken aan vier materieelrechtelijke gebieden: achtereenvolgens het verbintenissenrecht, het zakenrecht, het erfrecht en het personen- en familierecht (de hoofdstukken 3 tot en met 6), en aan twee formeelrechtelijke aspecten: enerzijds wordt in hoofdstuk 7 de vraag bevestigend beantwoord of reele executie mogelijk is op grond van een authentieke (meestal een notariële) akte, en anderzijds wordt in hoofdstuk 8 nagegaan in hoeverre in het burgerlijk procesrecht de reele executie een regeling vindt.

In het verbintenissenrecht worden speciaal de verbintenissen om te doen en om niet te doen belicht. Met name de artt. 1275, 1276 en 1277 BW zijn van groot belang. De in de vorige eeuw geformuleerde hoofdregel van art. 1275, dat de schuldenaar niet gedwongen kan worden zelf te presteren, maar dat bij weigerachtigheid van de schuldenaar zo'n verbintenis zich oplost in een tot betaling van schadevergoeding, gevolgd door twee uitzonderingen op de hoofdregel, blijkt achterhaald te zijn. De beide uitzonderingen blijken m.i. naar geldend recht de ongeschreven hoofdregel te belichamen, de hoofdregel is tot uitzondering geworden, zodat uitgegaan kan worden van de mogelijkheid van reele executie en de schuldeiser geen genoegen hoeft te nemen met schadevergoeding in geld. In bijzondere gevallen, zoals de verplichting een geheim niet te verraden, of als het persoonlijke prestaties betreft, zoals het houden van een lezing, is reele executie uitgesloten. Overigens zal, welke regel ook als hoofdregel gekozen wordt, in de praktijk het resultaat (nagenoeg) identiek zijn, al is het alleen al omdat bij een verbintenis om te doen de schuldenaar niet tot zelf-presteren gedwongen kan worden.

Na behandeling van een speciale rechtsfiguur, de compensatie, wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid van reële executie bij enige benoemde overeenkomsten; met name de artt. 1623j en 1634 BW, 26a Hw. en 26 Pw. Blijken de schuldeiser de mogelijkheid te bieden om zich zonder de medewerking van de schuldenaar in dezelfde positie te brengen als zou deze vrijwillig nagekomen zijn. Gezien de verwantschap met ons onderwerp mag een beschouwing over het herstel in de oude toestand en de schadevergoeding in natura niet ontbreken. Daarmee is het hoofdstuk nog niet afgerond want twee afzonderlijke onderwerpen, de verplichting tot dooronderhandelen en de natuurlijke verbintenis, worden nog behandeld.

Kern van hoofdstuk 4 inzake het zakenrecht is de behandeling van de verbintenis om te geven (die in dit hoofdstuk wordt behandeld in verband met de samenhang met de eigendomsoverdracht), de gedwongen ontruiming en de doorhaling van een inschrijving in de openbare registers. Bij de verbintenis om te geven wordt met name bezien of de gedwongen overdracht van een zaak mogelijk is. Dat de levering van onroerende zaken het uitvoerigst bezien wordt zal geen verwondering wekken nu er een controverse bestaat tussen rechtspraak, die de gedwongen overdracht in de regel onmogelijk acht, en een meerderheid in de literatuur, die deze mogelijkheid wel aanvaardt. Waar de rechtspraak de medewerking van de verkoper tot het opmaken van de transportakte en de overschrijving daarvan als de eigenlijke inhoud van de verplichting ziet en uitgaat van een "doen", wordt in de literatuur de nadruk gelegd op het bewerkstelligen van een verschuiving in de bevoegdheid ten aanzien van het goed, een "geven".

Moet afgegeven worden door de schuldenaar omdat de wederpartij al eigenaar is, dan is reële executie mogelijk doordat de eigenaar een vordering tot revindicatie instelt en/of revindicatoir beslag legt. Betreft het een verbintenis om te geven die tot eigendomsoverdracht van een roerende zaak verplicht, de eigendom gaat over door de bezitsoverdracht, dan verkrijgt de schuldeiser die zich op grond van een rechterlijke uitspraak manu militari met behulp van de deurwaarder het bezit verschaft tevens de eigendom.

Gaat het om de "feitelijke" levering, dan is reële executie mogelijk bij de verplichting tot het geven van bepaalde zaken als een ander mijn zaak onder zich heeft, want dan kan ik revindiceren. Anders ligt het als het een gebruiksrecht betreft: in een dergelijk geval is geen revindicatie mogelijk. Is een roerende zaak, geen registergoed verhuurd, maar weigert de verhuurder de zaak ter beschikking te stellen, dan kan de huurder een vordering tot afgifte instellen. Wijst de rechter de vordering tot afgifte toe dan is r.e. mogelijk op grond van de artt. 3.11.4 NBW en 491 e.v. NRv. De in te schakelen deurwaarder zal de zaak wegnemen en ter beschikking van de huurder stellen die daarmee verkrijgt waar hij recht op heeft: het genot van het gehuurde.

Bij de gedwongen ontruiming zien we dat na 1971 de strafrechtelijke weg tot verwijdering van de feitelijke bewoners grotendeels onbegaanbaar werd, maar dat in de rechtspraak een andere weg gevonden wordt om tot hetzelfde doel te komen; eerst door een veroordeling tot ontruiming met "de zijnen" uit te spreken, later door de Huidenstraatmethode te accepteren. De zojuist genoemde rechtspraak is veelal in kort geding gevormd, maar gedwongen ontruiming is ook mogelijk op basis van een vonnis van de kantonrechter of op grond van een notariële akte: door de hypotheekakte met ontruimingsclausule te tekenen schept de hypotheekgever een executoriale titel tegen zichzelf.



Het is niet noodzakelijk dat de eigenaar de gedwongen ontruiming vordert, ook een huurder, aannemer, etc. kan dit vorderen.

De vraag of doorhaling in de openbare registers van een hypothecaire inschrijving reeel executabel is, is onder verwijzing naar de artt. 1239 e.v. en 1277 BW bevestigend beantwoord. Meer twijfel rijst bij dezelfde vraag ten aanzien van een transportakte, in welk geval het aanbeveling verdient dit uitdrukkelijk in de wet te bepalen. Dat onderscheid gemaakt wordt tussen de doorhaling van een hypothecaire inschrijving en de doorhaling van een transportakte is niet verwonderlijk. Is de hypothecaire schuld voldaan, dan bestaat er geen vorderingsrecht meer en moet de feitelijke situatie aangepast worden aan de werkelijke situatie, hetgeen doorhaling van de inschrijving betekent. Inzake de doorhaling van de transportakte ontbreekt echter een wettelijke regeling, zoals speciaal de artt. 1239 e.v. BW die voor de hypotheekakte bevatten.

Het erfrecht vindt behandeling in het vijfde hoofdstuk. Van belang is dat een onzijdig persoon ex art. 1117 BW kan meewerken aan het totstandkomen van de boedelscheiding en dat de rechter zelf de boedelscheiding op grond van art. 1122 BW tot stand kan brengen door zijn uitspraak, de zogenaamde adiudicatio.

Dat reële executie niet altijd mogelijk is, blijkt bij de behandeling van het personen- en familierecht (hoofdstuk 6) waar naar voren komt dat de trouwbelofte tegenwoordig niet afdwingbaar is. Anders ligt het echter voor de benodigde huwelijks toestemming die ouders, voogden en curatoren weigeren te verlenen: in dergelijke gevallen treedt de rechterlijke machtiging in de plaats van de geweigerde toestemming. De mogelijkheid van reële executie blijkt ook bij de afgifte van minderjarigen. In verband met deze afgifte staan de omgangsregelingen tussen ouder en kind (zoals deze ook kunnen voorkomen tussen ex-partners), in welke gevallen de mogelijkheid van reële executie uitzonderlijk is.

In de twee formeelrechtelijke hoofdstukken komt allereerst de vraag aan de orde of op grond van een authentieke (veelal een notariële) akte reële executie mogelijk is, met andere woorden of het bepaalde in art. 436 Rv. inzake de gelijkstelling van de grossen van authentieke akten met rechterlijke vonnissen ook voor de mogelijkheid van reële executie opgaat. Na de verschillende soorten verbintenissen bezien te hebben, kan de vraag bevestigend beantwoord worden.

Het tweede formeelrechtelijke hoofdstuk toont aan dat reële executie in het procesrecht voorkomt. Duidelijk blijkt dit bij de tenuitvoerlegging van bevelen tot teruggave van huurkoopgoederen in de artt. 490a-490d Rv., maar ook in de artt. 444 e.v. bij de opening van deuren en huisraad. Nadat op zeer nauw verwante rechtsfiguren (soms worden zij zelfs geacht deel uit te maken van het begrip reële executie), de lijfswang en de dwangsom alsook op de mogelijkheid van cumulatie met reële executie ingegaan is, wordt de aandacht gericht op enkele middelen tot bewaring van recht. Verdedigd wordt dat het mogelijk is conservatoir beslag te leggen ter verzekering van de verplichting tot levering van onroerend goed, m.i. is het mogelijk een dergelijk beslag te leggen ter inleiding van de reële executie van zo'n leveringsverplichting. Aangezien het revindicatoir beslag gericht is op de teruggave van de beslagen goederen, strekt het tot overgave van de goederen zelf en strekt het tot reële executie. Het hoofdstuk werd besloten met enkele kleinere onderwerpen.

Na het geldende Nederlandse recht wordt in het negende hoofdstuk aandacht besteed aan het geldend recht in enige, voornamelijk ons omringende landen. Daarbij kunnen drie benaderingswijzen onderscheiden worden. Allereerst het Duitse systeem, waar het principe van een af te dwingen prestatie, behoudens enkele uitzonderingen, aanvaard is. Vervolgens de Anglo-Amerikaanse opvatting: een af te dwingen prestatie wordt als een uitzonderlijke bevoegdheid gezien. Tenslotte het Romaanse stelsel, dat afdwinging mogelijk acht met betrekking tot overeenkomsten met een bepaalde inhoud, maar waar dit niet als principe geldt voor alle overeenkomsten. Opvallend is het aantal bepalingen dat in het Duitse recht de reële executie moet waarborgen.

We kunnen constateren dat enerzijds de door mij bestudeerde continentale rechtssystemen in principe het afdwingen van de prestatie erkennen, zij het dat de rechter een discretionaire bevoegdheid bezit, terwijl anderzijds het Anglo-Amerikaanse recht dit als buitengewoon ziet. Daarbij blijkt het onderscheid in de praktijk veel geringer, aangezien in de continentale rechtssystemen belangrijke uitzonderingen voorkomen en de schuldeiser vaak tevreden is met een bedrag in geld, omdat dit veelal eenvoudiger en sneller te verkrijgen is en het resultaat zekerder is. Anderzijds kan geconcludeerd worden dat sommige beperkingen die aan de mogelijkheid tot gebruik van specific performance gesteld zijn, beginnen te verdwijnen.

In het laatste hoofdstuk, het tiende, wordt de behandeling van het Nederlandse recht weer opgevat door aandacht te schenken aan het recht zoals dat op dit moment nog in ontwikkeling is. Centraal staat de behandeling van de artt. 3.11.1-3.11.4a NBW zoals nader uitgewerkt en aangevuld in de artt. 491-500, 555-558 en 730-737 van het door de (nog in te voeren) wet van 7 mei 1986, Stb. 295 te wijzigen Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Graag zie ik dat alle bepalingen in het gewijzigde Rv. opgenomen worden. De m.i. belangrijkste wijziging -en vooruitgang- die het nieuwe recht brengt is dat een algemene regeling opgenomen wordt voor de reële executie van verplichtingen tot het verrichten van een rechtshandeling, zodat in de toekomst de verplichting tot levering van onroerend goed (onomstreden) reël executabel zal zijn.<sup>961</sup>

De nu voorgestelde regeling van art. 3.11.2a NBW inzake botsende rechten op levering vind ik onbevredigend, liever zie ik dat het o.a. in de huidige artt. 318a en 757 K en 6 WTL neergelegde stelsel waarin de rangorde van de botsende leveringsrechten bepaald wordt door het tijdstip van het nemen van een conservatoire maatregel, namelijk de inschrijving in de openbare registers van de vordering tot levering overgenomen wordt voor registergoederen. Dat daarnaast onderscheid gemaakt wordt binnen de groep van persoonlijke rechten tussen geldvorderingen en andere vorderingen, vind ik niet verwerpelijk. Bij geldvorderingen kunnen de schuldeisers het beschikbare geldbedrag eenvoudig verdelen, bij de andere vorderingen is dit veelal juist niet mogelijk. We hoeven slechts te denken aan de dubbele verhuur van een eensgezinswoning aan twee gezinnen. Een dergelijke woning is bestemd voor bewoning door slechts een gezin.

Een verbetering is de algemene regeling van de gedwongen ontruiming, waarbij het huidige art. 438b Rv. aan deze afdeling toegevoegd kan worden als art. 559.

<sup>961</sup> Er wordt nogmaals op gewezen dat ook voor de overdracht van roerend goed een rechtshandeling nodig is.

Na deze hoofdpunten van het nieuwe recht worden diverse bepalingen uit NBW en NRV., waarvan de "equivalenten" in voorgaande hoofdstukken al ter sprake kwamen, en de Kadasterwet (een uitwerking van art. 3.1.2.1 lid 2 NBW) besproken.

From the earliest times the opportunity for specific performance is found in Dutch law. Fifty years ago, H.F.W D. Fischer's thesis "The history of specific performance in purchase" (diss. UvA 1934) appeared; it begins by describing the old Roman law and ends with Dutch law after the 1838 codification.

By specific performance (Dutch "reële executie", French "exécution en nature", German "Naturalherstellung") is understood the proceedings through which the plaintiff is brought into the same position, without the defendant's free cooperation, as would have been the case if that cooperation had been freely gained. Excluded from consideration under this are undertakings to pay money debts, since these are already enforceable, via sequestration as laid down in Volume 2 of the Code of Civil Procedure (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering), and the term execution seems to me more appropriate to them.

Some interpret this concept widely and include imprisonment for debt and the penalty payment (Code of Civil Procedure art. 585 and what follows, and art. 611a), and in these cases they speak of indirect specific performance.

Taking our understanding of (direct) specific performance we can distinguish between two forms of specific performance:

a. the plaintiff, aided by "the strong arm of the law" forces the defendant to do something himself. This is an exceptional power which is only used in the case of undertakings not to do something. One could think of a prohibition to enter a particular terrain, in which case the police can prevent those concerned from entering that terrain.

b. the defendant is not compelled to do something himself, but the plaintiff procures what is required for himself without the defendant being involved. One could think of a case where the plaintiff makes himself owner of a ship which has been sold to him by transferring the record of delivery into his own name in the ship's register (art. 318 K Commercial Code). There are also cases where the plaintiff carries out the undertaking himself at the defendant's cost, being authorised to do so by the court under art. 1277 BW (Civil Code): e.g. if my neighbour, in breach of his promise, refuses to cut the hedge, then I can get it done by a gardener and send the bill to my neighbour.

In the case of undertakings to give, specific performance is generally possible, provided that the method given above in sub-paragraph b is employed. Dutch law does not go so far as to compel the defendant to give the thing which is owed himself. As a rule this is not necessary, given that the defendant is not generally obliged to give the thing himself: the plaintiff has a right to delivery, but no right to delivery by the defendant personally.

In the last century and at the beginning of this century, the possibility of specific performance was mostly denied for judgements ordering the delivery of a given thing, or of a number of substitutable things, other than money sums. (In view of art. 439 and what follows and art. 727 and what follows Rv. it has never been doubted when it comes to ordering the settlement of a money sum.) The argument for this legalistic standpoint was that the law does not regulate the execution

of this kind of judgement. In the meantime this standpoint has been abandoned, firstly in respect of specified things. It was not only that there appeared nowhere in the law that the legislator had wanted to exclude specific performance in these cases, but history too, as is apparent from Fischer's thesis, pleads for its admissibility. Furthermore in cases of eviction and hire purchase specific performance was being accepted (compare art. 122 and what follows and art. 490a Rv.). The highest judicial authority, the Hoge Raad, in a judgement of 17th December 1954 (Nederlandse Jurisprudentie 1955, nr. 391) also deemed specific performance possible in this kind of case. Where there is an obligation to give replaceable items, it must be investigated whether or not the defendant has the appropriate items in his possession. Where these are present the bailiff can execute the judge's order by appropriating the quantity owing, and the defendant has himself to blame that his choice regarding the indebted items has been taken away from him. Where the items are not present then specific performance is not possible. The Dutch law which will come into force in a few years' time falls in with this development by deeming specific performance possible in respect of the delivery of both specified items, and items of a similar kind. Following undertakings to deliver we come to undertakings which compel the transfer of ownership. Where it is a case of personal property where ownership goes with possession, then, if the plaintiff procures possession by "the strong arm" he also gets ownership. However it is different in the case of real property. In contrast with what has gone above one can speak of a clear controversy here. On the one hand there is a school of thought that considers specific performance possible, on the other hand there is jurisdiction, which, apart from a few exceptions, has held this to be impossible since a judgement of the Hoge Raad of 1899.

The background to this controversy is a difference of accent. The Hoge Raad views the cooperation of the seller in the making up of the deed and its transfer as the actual content of the obligation, and begins from a situation of "doing", so that the obligation cannot be actualised by specific performance. The literature however puts the emphasis upon the achievement of a situation of "giving", so that the shift can be realised via specific performance. The authors also call upon many provisions which declare the possibility that a judicial order may take the place of the required deed transferring ownership (arts. 1217 BW, 318 K transfer of a ship, and 529 Rv. among others). Influenced by future legislation, art. 3:11.4 NBW (New Civil Code) a number of lower court judges have recently accepted the possibility of specific performance. It is indeed strange that the sale of a ship may be effected by specific performance, but not the sale of a house.

Specific performance is also possible in many cases of undertakings to do something, but once more it is the case that the plaintiff can be empowered by a judge to carry the agreement out himself through a third party at the defendant's cost. To compel the defendant to do it himself would involve inadmissible coercion. The adage "*nemo praecise ad factum cogi potest*" (no one can be directly compelled to do something) sets itself against this. This saying is also deemed to be resolved upon in art. 1275 BW, which contains the provision that all contracts to do, or not to do something, will be resolved through compensation if the defendant fails to fulfil his obligation. The legal exception, formulated in art. 1277 BW, to what in the last century was

intended to be the general rule, and can now be regarded as a general rule in itself. Thus I can order my garden to be laid out by the "Floridity" garden centre, but if they fail to do it, then I may call out the more expensive "Floweriness" garden centre to do it and pass on the additional costs to the "Floridity" garden centre. The adage "*nemo praecise* ..." however does also apply to performances which cannot be carried out by anyone other than the defendant, personal performances where it comes right down to this defendant, as with the painting of a portrait, the writing of a book, or the composition of an opera. Besides in this kind of case coercion would have little effect. If I decide to have my portrait painted by Karel Appel, because I think he will portray me at my best, and halfway through Mr Appel decides to hang up his brushes, then I could threaten to take him to court so that he decides to complete the work after all. Whether he would do so with as much enthusiasm is doubtful; equally in doubt is whether the final result will come up to fulfil my high hopes. What is not in dispute is that the judicial authorisation is a discretionary power, that the application of art. 1277 BW can be ruled out by agreement, and that the plaintiff, when carrying out the undertaking, must in as much as is reasonable take the defendant's interest's into account, since it is being carried out at his cost. What is in dispute however is whether the judge can be asked to make an order which takes the place of evidence which fails to materialise. In any case the new law does deem this to be possible in art. 3.11.4.

Specific performance is possible in both forms in the case of undertakings not to do something. Firstly it is here possible to order the defendant himself not to do something. Suppose my neighbour has undertaken to allow me on to his land. If he acts in flagrant of this by forbidding my entry, he can be ordered to allow me entrance, and I may (if necessary under police escort) walk over his land. A plaintiff may also request authorisation to destroy something which has already been carried out, at the defendant's cost. If in breach of an agreement a boundary wall is built, then this may be pulled down again at the defendant's cost. Much of what has been said above concerning undertakings to do something is also applicable here. Here too art. 1276 BW forms an exception to the general rule in art. 1275 BW, which has since become so important that the exception has become the general rule. It is obvious that the regulation only applies to concrete destruction, so that everything which is not amenable to this (e.g. the obligation not to give away a secret, or an agreement not to appear on stage in a particular theatre on a particular day) falls outside its scope. From these examples it is apparent that specific performance is not always possible, because it can only affect the future. If something has happened which ought not to have happened (the leaking of business data) then all that remains is recourse to monetary compensation.

There are also other special legal provisions which make specific performance possible. From property law one can name art. 629 (the owner has the right to demand back that which is his from anyone), art. 714 subsections 2 and 3 (those over whose land the branches of the neighbour's trees overhang, can insist that he removes those branches; if the tree roots push through into his land he has the right to cut them through himself, he may also cut off the branches if

the neighbours fail to do so), art. 728 (enables the prevention or removal of a building which is too high), and art. 875a subsection 6 (the judge can waive the consent of the entitled person in the case of a building which is split up into flats). It is not surprising that these provisions include specific performance because the distinguishing feature of property law is that the person who has the real rights (owner, usufructuary, mortgagee) can uphold his right in respect of everyone else, which means that someone violating another's essential right must come off worst through whatever legal process, and the one with the real rights must derive as much protection from the law as is possible. The origin of the term specific performance (*res - thing*) also indicates this. If the person with property rights was obliged to be content with compensation for damages then the essential nature of his right would be injured in an unacceptable way. In contract law too separate cases come forward. We will be looking at the return of hire purchases goods in this context; here we are concerned with art. 1623j and 1634 BW,<sup>362</sup> identical provisions which elaborate art. 1277 BW. However, where art. 1277 BW was not coercive, so that its application could be precluded by agreement, these two provisions are coercive, because otherwise landlords could routinely insert the departure from the rule into their letting contracts. The tenant's position is improved via art. 1623j and 1634 BW, because they provide that, notwithstanding any stipulation to the contrary, at the same time as he grants an authorisation, the judge can lay down that the tenant's costs be compensated, and up to what amount, with the same amount of rent. This concerns cases where the judge authorises the tenant to make repairs or carry out maintenance work, which should have been the landlord's responsibility, and where the judge has already decided that the tenant's case is just. The costs which the landlord should have incurred have now in fact been advanced by the tenant. In such cases it is reasonable that the tenant compensate himself for the amount he has advanced through the rent.

When one comes to inheritance law the two provisions which most readily spring to mind are arts. 1117 and 1122 BW, dealing with the neutral person and adjudication. Art. 1122 BW provides that an inheritance may always be divided. no one can be compelled to continue to participate in an undivided inheritance. For the splitting and sharing of an inheritance, the abolition of the undivided entity, the cooperation of all parties is required, because the rights of all of them are affected. Should one party refuse to assist in order to frustrate the division of the estate, then the judge can nevertheless order the division of the estate. To this end art. 1117 BW provides for the appointment of a neutral person (mostly a notary or barrister), who has nothing to do with the inheritance, to represent the person who is unwilling to participate in order to assist in enabling the division of the estate to take place. In line with this ruling, it is possible for an order to be made for the public sale of one or more items of the inheritance. This rule has been given because parties can have different views on the question of whether a particular item form the estate should be sold or not, and where various entitled parties would appreciate a share. The property can be sold under a court order, because otherwise if one or more participants refuse to cooperate then no valid sale agreement can be reached. The judge can also effect the division

<sup>362</sup> Comments here also apply to art. 26a Tenancy law and art. 26 subsection 2 Lease Law.

of the estate himself in his pronouncement: the adjudication (with all the consequences that this entails). In this way an often lengthy and difficult process to elicit what people are entitled to is avoided. Although the great majority do, not everyone deems the adjudication possible under present law because the law does not spell this out in so many words. However the law which is coming in lays down this possibility clearly in art. 3.7.1.14 NBW.

It deserves mention in this context that specific performance is possible under a notarial act. The Code of Civil Procedures contains an equalisation in art. 436. Thus a notarial act can lay down, that one may walk over someone's land without his consent, and if necessary call on police assistance to do so. In signing a notarial act which contains this kind of conclusion the defendant creates an executorial title against himself. This comes over very clearly in the case of enforced eviction on the grounds of the mortgage deed. When a mortgage contract is made up, a clause is always inserted that the mortgagee can be compelled to vacate the property with all that is his in the case of non-payment of interest and/or outstanding capital, as laid down in art. 1230 BW. Otherwise the mortgagee would have to sell the house as occupied (the position of the occupier is very strong in Dutch law) which would depress the value, and would mean that the lending banks would only lend money up to approximately 60-70% of the unoccupied value.

We have now arrived at the handling of compulsory vacation of property. At the present time this is regulated by provisions spread throughout the Code of Civil Procedure, e.g. art. 122-124 and 529 subs. 2 among others, but shortly in the new law a general ruling will be taken up in art. 555-558. This ruling will also apply to squatters. With respect to squatters Dutch jurisdiction has, for a considerable time, been in need of an adequate means by which owners and tenants can achieve a vacation of their premises, because the fact that squatters were living in a property where they had no right to do so was insufficient to have them evicted. Indeed, the squatters were protected by the law in their claim to the house: in principle no one may enter a house without the occupier's consent (art. 172 old Constitution, art. 12 present Constitution); there are only a few strict exceptions to this rule which do not apply here. In 1971 the Hoge Raad decided that squatters could not as a rule be prosecuted for breaching art. 138 of the Penal Code, disturbance of domestic peace, considering that they usually move into unoccupied buildings. This meant in practice that the owner, tenant etc. could no longer turn to the criminal judge, but would have to resort to the civil judge. In 1977 the Hoge Raad decided in a judgement of 16th December, NJ 1978, 561, that an order to vacate a property made against one of the former squatters can also be applied to other illegal occupants even if these have not been cited with him. Central to the judgement is the interpretation of the concept "his people": it is intended here that, in the case of a carefully executed squatters' action, all those who as a result of the action have gone to live in the occupied properties, and wholly or largely carry out their personal and social activities from there, belong together; because it must be assumed, unless the opposite is plausible, that they have gained entry to those properties with each other's help and consent. With this the problems appeared to be out of the way, but already by 2nd November 1979, NJ 1980, 154, the criterium "his peo-



ple" had been sharpened up: if persons were to be linked in this way with the summoned (ex)squatter, then this is conditional upon the summonsed person having taken part in the squatters' action himself. Because an eviction order could therefore only be obtained in a limited number of cases, other possibilities were sought after. The solution which springs first to mind got the name of the street where the building to be vacated stood: the Huidenstraat in Amsterdam, so that one speaks of the Huidenstraat method. Two parties make a contract over the occupied building with the owner on one side, and a contractor, purchaser or tenant on the other side. The owner contracts himself to deliver the property empty. If he cannot meet this obligation (which is usually the case) then the judge is approached to request fulfilment of the contract. At the same time authorisation is requested under ex art. 1277 BW to effect the evacuation of the property with the aid of the bailiff and police where the order is not complied with. The defendant does not speak up for himself against the claim with the intention that the claim be awarded in conformity with the citation. In a decision of 14th January 1983, NJ 1983, 267, the Hoge Raad accepted this solution in cases where a contract of sale is involved. However it can be assumed that this judgement may be applied to analogous situations where tenancy agreements etc are concerned. At the same time a measure to limit eviction to only those who can be regarded as "his people" was thrown out. On the other hand a number of restrictions were formulated; thus eviction will not be allowed to take place where the demand results in abuse of authority, as would be considered to be the case where a bogus contract was involved, or where this course of action has been followed solely to avoid taking legal action against the squatters. There will be no question of this as long as the squatters maintain their anonymity since, at the present time, one must know someone's name to be able to summons him. On 1st January 1986 part of the Empty Properties Act came into force. Among other things a new subsection was added to art. 5, section 1, subsection 2 Rv., to come into force one year after the implementation of this part, i.e. as from 1st January 1987, which provides that: where a summons concerns a demand for the vacation of a building, or part of a building, by others than the users or ex-users, by virtue of a personal or business right, and where the names and addresses of those concerned cannot be found, then neither their names and addresses nor that of the person to whom a copy of the summons is delivered, needs to be mentioned in it.

It is evident from personal and family law that specific performance is not always possible, and that its applicability should not be overestimated. It is true that the consent which a minor (under 21 years and not previously married) needs from parents, legal guardians or custodians in order to marry, may be replaced by the consent of the district judge, unless the parent demonstrates a reasonable motive for the refusal to consent to the marriage; but otherwise this lies with the regulations governing promises of marriage and conjugal relationships. In contrast with the situation before 1810 (when the French civil code was introduced into The Netherlands which at the time was annexed by France), promises to marry, now, do not result in a legal entitlement to enter into marriage, nor an entitlement to compensation on the grounds of non-fulfilment of such a marriage promise. It must be borne in mind that in earlier times a marriage was a commercial con-

tract in which financial interest played a great role: one merchant married his daughter off to the son of another merchant in order to combine in one business. In the present day conception of the law inbinding promises of marriage are not appropriate. Marriage is something very personal, what matters is the wishes of the parties, it is not something to be compelled. Furthermore it must be taken into account that a forced marriage of this kind can very quickly be broken up by divorce at the request of one of the parties. Neither can marital relationships be controlled by specific performance considering the circumstances involved. One can hardly coerce one party to put in a nice word with the other party to say that having ordered the theatre tickets too late, in future he should be sure to do so in good time. It is also impossible to prevent the other party from seeking out contact with other men or women. Equally access rulings do not lend themselves to specific performance. Suppose the parents no longer live together, a ruling can be made that the parent who does not have the care and upbringing of the child may receive that child for a reasonable length of time once a fortnight or once a month, in order to maintain the relationship between the two. From the law, arts. 912, 925, and 926 Rv., one could draw the conclusion that, if necessary, the delivery of the child to the other parent can be effected by the police. However these provisions are aimed toward a situation where a permanent change in parental custody is envisaged: where the mother is to take care of the child in place of the father or vice versa. With regard to short access arrangements the situation is rather different. It is not in the child's interest that the police should have to be called out to effect a visit of a few hours. The relationships between the parents and between parent and child would then be so disturbed that this possibility has to be rejected on practical grounds.

Up to now the impression has been created that specific performance belongs under material law. This is not so; it is true that there are various provisions in material law which pronounce specific performance to be possible, but in my opinion the concept fits better under formal law. A number of aspects of formal law have already been discussed above, e.g. enforced vacation of property, the issue of authentic notarial deeds to minors and the equalisation of authentic deeds with judicial pronouncement; while the execution of orders for the return of hire purchase goods, the opening of doors and preservatory seizure at the handing over of a property will be dealt with in what follows. In the new legislation there is more emphasis on the formal aspects of law and so we find in arts. 491-500 execution to deliver moveables which are not registered goods, in arts. 555-558 compulsory eviction, and in arts. 730-737 preservatory seizure is applied to the delivery of goods. In 1936 arts. 490a-490d were entered into the Civil Code, because in view of the frequently unstable financial circumstances in which hire purchase customers found themselves and the described tendency to resell goods leading to their disappearance, it was considered desirable to provide the sellers of hire purchase goods with a simple and cheap means of getting back their often costly goods, after the purchaser's non-fulfilment had become apparant. The ruling given here only applies to personal property, there is a separate law for real property. If the judge has decided in favour of the request for the return of goods, then the bailiff executes this and delivers the goods to the rightful owners. Arts. 444-444b empower him to open the doors of a

house or piece of furniture (box or cupboard) where these are locked, and where the person refuses to open them, or where no one wants to represent the person (not present) against whom the seizure is issued. One is involved here with a breach of art. 12 Gw. (Constitution) concerning the right to domestic privacy, a breach which is permissible under the above article. The opening of such doors may only take place in the presence of the mayor, or a senior police officer acting on his behalf. In art. 444a and 444b attention is expressly given to the situation where the goods to be repossessed are found on the premises of a third party, or where a third party has in any other way acquired the goods for his use, and whereby his cooperation becomes necessary. One thinks here of safes, garages, warehouses etc. If the provisions 444a-444b did not exist, then the implementation of judicial orders could be frustrated very simply, by calling on the right to privacy in the home, or by refusing to open a room, box, or cupboard. The bailiff in attempting to gain entry would then make himself guilty of violation of domestic peace. I will not discuss here the extent to which preservatory seizure guarantees the handing over of real property as this is very controversial. In my opinion this kind of seizure is certainly possible especially as the buyer can gain a lot from it in that he is ensured that what he has bought will also be delivered to him, monetary compensation is frequently a second choice.

Having already noted that the coming law (its introduction is expected around 1990) concurs to a large extent with the present law whilst bringing some improvements (a general ruling for the specific performance of undertakings to carry out legal action, and the specific performance of compulsory evictions; specific performance of the obligation to deliver a property is clarified, and a ruling is taken up in the case where there are conflicting rights to delivery), there remains yet to be noted only the position of specific performance in Dutch law in comparison with other legal systems. Three approximate methods can be distinguished. Firstly the German system where the principle of enforced performance is accepted barring a few exceptions. Following the Anglo-American conception, enforced performance is seen as an exceptional discretionary power. Finally the Romanic system deems enforced performance possible in respect of certain kinds of agreements, but does not apply this in principle to all agreements. The Dutch system is almost entirely based upon the Romanic (that is to say the French) system.

Where continental law recognises compulsory performance in principle, this is viewed as something exceptional in Anglo-American law, and as a discretionary power for the judge. This seems a big difference, and theoretically speaking it probably is too, but in practice the distinction is much narrower, considering that there are important exceptions to be found in continental law and that the plaintiff is often content with a sum of money because this is often simpler and quicker to get and the result is more certain. On the other hand, in Anglo-American law (the USA is leading the way in this) some restrictions on the application of specific performance are beginning to disappear.

All in all one can conclude that present Dutch law in the area of specific performance, but certainly the new law which contains a number of additions and improvements, more often than not brings the plaintiff into the same position, without the defendant's cooperation, as would have been the case if the defendant had freely met his obligations, so

that, as a rule, the plaintiff gets that to which he is entitled. It is not surprising that there are exceptions to this general rule, e.g. in the case of personal performances and in personal and family law. Although I have a slight preference for the starting point of German law: that, in principle, the plaintiff gets that to which he has a right; nevertheless in the end I opt for the Dutch law, because I believe that the Dutch judge will adapt the Dutch provisions - which are far fewer than the German - in such a way that the same result is achieved.

HOGE RAAD

14 april 1843	W 389	blz. 108
29 juni 1860	W 2185	blz. 73
6 november 1874	W 3785	blz. 116
14 mei 1875	W 3853	blz. 81, 84, 152
22 februari 1883	W 4879	blz. 87
20 september 1883	W 4940	blz. 117
24 augustus 1892	W 6226	blz. 117
19 januari 1899	W 7233	blz. 155
23 juni 1899	W 7302	blz. 5, 7, 10-11, 27, 38-39, 69, 82, 174, 176, 194, 284, 310, 363
31 januari 1901	W 7555	blz. 117
13 maart 1903	W 7899	blz. 65
12 juni 1903	W 7930	blz. 117
2 juni 1905	W 8233	blz. 117
9 juni 1905	W 8241	blz. 112, 342
18 februari 1910	W 8980	blz. 342
24 februari 1911	W 9145	blz. 88
24 november 1911	W 9315	blz. 342
13 juni 1913	NJ 1913, 782	blz. 65
13 november 1914	NJ 1915, 98	blz. 5, 38, 67
20 april 1916	NJ 1916, 586	blz. 92
2 november 1917	NJ 1917, 1136	blz. 6, 189, 350
24 mei 1918	NJ 1918, 637	blz. 65, 67
8 november 1918	NJ 1918, 1242	blz. 87
31 januari 1919	NJ 1919, 161	blz. 172
13 mei 1921	NJ 1921, 793	blz. 87
29 december 1921	NJ 1922, 225	blz. 29
2 november 1922	W 10978	blz. 77
17 november 1922	NJ 1923, 155	blz. 30
29 december 1922	NJ 1923, 360	blz. 87
9 maart 1923	W 11082	blz. 147
9 maart 1923	W 11090	blz. 87
1 juni 1923	NJ 1923, 947	blz. 155
21 december 1923	NJ 1924, 121	blz. 64, 366
22 januari 1925	NJ 1925, 357	blz. 64, 366
5 februari 1925	NJ 1925, 440	blz. 156-157
12 maart 1926	NJ 1926, 77	blz. 71
1 april 1926	NJ 1926, 557	blz. 155
4 februari 1927	NJ 1927, 664	blz. 40, 153
9 januari 1928	NJ 1928, 209	blz. 171
30 januari 1928	NJ 1928, 215	blz. 337
17 januari 1930	NJ 1930, 573	blz. 172
10 december 1930	NJ 1931, 605	blz. 116
2 januari 1931	NJ 1931, 913	blz. 87
22 januari 1931	NJ 1931, 382	blz. 115, 152
18 december 1931	NJ 1932, 769	blz. 5, 38, 69, 284
18 maart 1932	NJ 1932, 1329	blz. 65
10 maart 1933	NJ 1933, 804	blz. 32

24 januari 1935	NJ 1935, 498	blz. 155
18 april 1935	NJ 1935, 887	blz. 104, 364
11 februari 1937	NJ 1937, 477	blz. 126
4 maart 1938	NJ 1938, 948	blz. 67
10 juni 1938	NJ 1939, 411	blz. 303
9 maart 1939	NJ 1939, 1012	blz. 148
26 mei 1939	NJ 1939, 896	blz. 189
28 augustus 1939	NJ 1939, 948	blz. 13, 133
9 januari 1942	NJ 1942, 305	blz. 186
13 maart 1942	NJ 1942, 395	blz. 114
8 februari 1946	NJ 1946, 166	blz. 64, 169
14 februari 1946	NJ 1947, 15	blz. 169
16 mei 1946	NJ 1946, 464	blz. 108
7 juni 1946	NJ 1946, 465	blz. 108
8 november 1946	NJ 1947, 36	blz. 42, 45
12 februari 1947	NJ 1947, 157	blz. 168-169
25 april 1947	NJ 1947, 270	blz. 188
9 september 1949	NJ 1950, 595	blz. 183, 186
4 mei 1951	NJ 1951, 525	blz. 173
4 januari 1952	NJ 1953, 158	blz. 67
2 november 1952	NJ 1953, 468	blz. 192
19 december 1952	NJ 1953, 642	blz. 29, 186
13 maart 1953	NJ 1953, 569	blz. 119
22 mei 1953	NJ 1953, 571	blz. 129
17 december 1954	NJ 1955, 391	blz. 77
4 maart 1955	NJ 1955, 301	blz. 44
27 april 1955	NJ 1955, 412	blz. 303
16 november 1956	NJ 1957, 1	blz. 32
21 december 1956	NJ 1957, 126	blz. 5, 12, 38
11 januari 1957	NJ 1959, 37	blz. 31
22 maart 1957	NJ 1958, 478	blz. 13
30 januari 1959	NJ 1959, 548	blz. 29
13 november 1959	NJ 1960, 472	blz. 106
11 december 1959	NJ 1960, 230	blz. 81, 192
11 maart 1960	NJ 1960, 261	blz. 65
23 december 1960	NJ 1961, 86	blz. 184
16 juni 1961	NJ 1961, 444	blz. 66
6 april 1962	NJ 1965, 116	blz. 169
29 juni 1962	NJ 1963, 68	blz. 75
31 mei 1963	NJ 1966, 336	blz. 289
20 juni 1963	NJ 1964, 452	blz. 128, 130
28 juni 1963	NJ 1963, 507	blz. 119
3 januari 1964	NJ 1965, 16	blz. 59, 65
3 januari 1964	NJ 1964, 445	blz. 186
29 mei 1964	NJ 1965, 104	blz. 31
29 april 1966	NJ 1966, 301	blz. 169
2 december 1966	NJ 1967, 353	blz. 84, 110, 169, 195, 289, 313
16 december 1966	NJ 1967, 82	blz. 202
17 februari 1967	NJ 1968, 101	blz. 41
13 oktober 1967	NJ 1969, 14	blz. 117
17 november 1967	NJ 1968, 42	blz. 59, 65, 69, 96, 352
9 februari 1968	NJ 1968, 282	blz. 82
9 mei 1969	NJ 1969, 338	blz. 69, 81, 85, 87-88, 284

19 december 1969	NJ 1970, 154	blz. 37, 81
2 februari 1971	NJ 1971, 385	blz. 90
26 maart 1971	NJ 1971, 434	blz. 31, 168
14 mei 1971	NJ 1971, 369	blz. 131
18 juni 1971	NJ 1971, 408	blz. 59, 65, 304
29 oktober 1971	NJ 1972, 36	blz. 202
16 november 1971	NJ 1972, 61	blz. 90
4 januari 1972	NJ 1972, 121	blz. 90
8 maart 1973	NJ 1973, 397	blz. 202
12 oktober 1973	NJ 1974, 306	blz. 117
13 december 1973	NJ 1975, 130	blz. 123
1 februari 1974	NJ 1974, 283	blz. 127
14 juni 1974	NJ 1975, 382	blz. 117
28 juni 1974	NJ 1974, 400	blz. 65, 68
28 augustus 1974	NJ 1975, 277	blz. 134
8 november 1974	NJ 1975, 383	blz. 116-117
3 januari 1975	NJ 1975, 187	blz. 123
2 mei 1975	NJ 1976, 273	blz. 89
14 mei 1976	NJ 1977, 150	blz. 104
14 mei 1976	NJ 1977, 375	blz. 184
21 mei 1976	NJ 1977, 73	blz. 8, 69, 81, 85 87-88, 284, 290
4 november 1977	NJ 1978, 418	blz. 133
25 november 1977	NJ 1978, 255	blz. 168
16 december 1977	NJ 1978, 561	blz. 92, 184, 187
30 juni 1978	NJ 1978, 693	blz. 50-51
28 november 1978	NJ 1979, 93	blz. 31
18 mei 1979	NJ 1980, 213	blz. 136, 162, 186-187
28 september 1979	NJ 1980, 464	blz. 119
2 november 1979	NJ 1980, 154	blz. 93
30 november 1979	NJ 1980, 281	blz. 31
25 januari 1980	NJ 1980, 548	blz. 117, 350
15 februari 1980	NJ 1980, 329	blz. 134
14 maart 1980	NJ 1980, 536	blz. 170, 342, 366
8 april 1980	NJ 1980, 330	blz. 91
2 mei 1980	NJ 1980, 537	blz. 134
9 mei 1980	NJ 1981, 283	blz. 117, 350
24 juni 1980	NJ 1980, 625	blz. 90
16 januari 1981	NJ 1981, 426	blz. 70
30 januari 1981	NJ 1982, 56	blz. 301
6 februari 1981	NJ 1982, 182	blz. 184-185
14 april 1981	NJ 1981, 421	blz. 91
15 mei 1981	NJ 1982, 85	blz. 68, 70, 283, 353
22 mei 1981	NJ 1983, 609	blz. 3, 131, 137
26 juni 1981	NJ 1981, 493	blz. 70
26 juni 1981	NJ 1983, 612	blz. 136
25 september 1981	NJ 1982, 557	blz. 134
13 november 1981	NJ 1982, 558	blz. 134
20 november 1981	NJ 1982, 174	blz. 337
27 november 1981	NJ 1982, 503	blz. 349
8 januari 1982	NJ 1982, 423	blz. 156
22 januari 1982	NJ 1982, 489	blz. 13
19 maart 1982	NJ 1982, 559	blz. 134
16 april 1982	NJ 1982, 560	blz. 134

7 mei 1982	NJ 1982, 561	blz. 112, 134
7 mei 1982	NJ 1983, 478	blz. 40, 254, 306-307
28 mei 1982	NJ 1983, 310	blz. 195
4 juni 1982	NJ 1983, 32	blz. 128
18 juni 1982	NJ 1983, 723	blz. 29, 69-70, 283
25 juni 1982	NJ 1982, 562	blz. 134
19 november 1982	NJ 1983, 102	blz. 70
10 december 1982	NJ 1983, 687	blz. 3532
14 januari 1983	NJ 1983, 267	blz. 95, 105
21 januari 1983	NJ 1983, 252	blz. 95
11 maart 1983	NJ 1983, 585	blz. 70
8 april 1983	NJ 1984, 159	blz. 304
22 april 1983	NJ 1984, 145	blz. 96
24 juni 1983	NJ 1984, 554	blz. 349
2 december 1983	NJ 1984, 306	blz. 178-179
16 december 1983	NJ 1985, 311	blz. 35
23 maart 1984	NJ 1984, 456	blz. 134
6 april 1984	NJ 1984, 525	blz. 133
27 april 1984	NJ 1984, 680	blz. 195, 342
4 mei 1984	NJ 1985, 510	blz. 132, 135, 138
1 juni 1984	NJ 1985, 351	blz. 349
5 oktober 1984	NJ 1985, 445	blz. 93
19 oktober 1984	NJ 1985, 213	blz. 112
25 januari 1985	NJ 1985, 559	blz. 13, 62
22 februari 1985	NJ 1986, 3	blz. 134
29 maart 1985	NJ 1986, 84	blz. 168
12 april 1985	NJ 1986, 808	blz. 31
3 mei 1985	NJ 1986, 323	blz. 89, 150, 335-336, 363
10 mei 1985	NJ 1986, 5	blz. 134
24 mei 1985	NJ 1987, 1	blz. 13, 139, 168
31 mei 1985	NJ 1985, 648	blz. 34
28 juni 1985	NJ 1986, 356	blz. 12, 282
15 juli 1985	NJ 1986, 6	blz. 134
11 oktober 1985	NJ 1986, 54	blz. 128
25 oktober 1985	NJ 1987, 18	blz. 112
1 november 1985	NJ 1986, 92	blz. 184, 189
29 november 1985	NJ 1986, 276	blz. 89, 92, 97, 335, 337, 364
6 december 1985	NJ 1986, 359	blz. 168
20 december 1985	NJ 1987, 54	blz. 128
31 januari 1986	NJ 1986, 516	blz. 62
21 februari 1986	NJ 1986, 380	blz. 134
21 maart 1986	NJ 1986, 548	blz. 134
21 maart 1986	NJ 1986, 585	blz. 132, 134-135, 138
4 april 1986	NJ 1986, 569	blz. 15, 90
25 april 1986	NJ 1986, 567	blz. 112
25 april 1986	NJ 1986, 714	blz. 112
16 mei 1986	NJ 1986, 627	blz. 135
6 juni 1986	NJ 1986, 750	blz. 42
8 juli 1986	NJ 1987, 4	blz. 119-120
15 juli 1986	RvdW 1986, 147	blz. 123
8 augustus 1986	NJ 1987, 37	blz. 134
3 oktober 1986	NJ 1987, 40	blz. 69



31 oktober 1986	RvdW 1986, 176	blz. 127
5 december 1986	RvdW 1986, 200	blz. 135
5 december 1986	RvdW 1986, 206	blz. 179
12 december 1986	RvdW 1987, 6	blz. 168

## GERECHTSHOVEN

Gelderland	25 september 1844	W 544	blz. 81
Gelderland	6 juni 1849	W 1032	blz. 129
Zuid-Holland	16 januari 1850	W 1097	blz. 129
Gelderland	27 december 1855	W 1737	blz. 130
Noord-Holland	6 juni 1861	W 2301	blz. 81
Noord-Holland	23 juni 1864	W 2667	blz. 129-130
Leeuwarden	21 februari 1881	W 4652	blz. 81
's-Gravenhage	7 maart 1887	W 5389	blz. 81
Amsterdam	7 juni 1889	W 5779	blz. 156
Leeuwarden	7 januari 1891	W 6038	blz. 73-75
's-Gravenhage	27 februari 1893	W 6464	blz. 39
Amsterdam	31 januari 1896	W 6777	blz. 42
's-Gravenhage	25 oktober 1897	W 7067	blz. 81
Amsterdam	10 juni 1898	W 7185	blz. 43
's-Gravenhage	23 maart 1903	W 7935	blz. 157
's-Hertogenbosch	3 november 1903	W 8016	blz. 105
's-Hertogenbosch	25 april 1905	W 8237	blz. 13, 42
's-Gravenhage	27 mei 1907	W 8580	blz. 152
's-Hertogenbosch	15 april 1913	W 9590	blz. 107
's-Hertogenbosch	7 april 1914	NJ 1914, 461	blz. 14
's-Hertogenbosch	16 oktober 1917	NJ 1918, 358	blz. 152
Amsterdam	3 februari 1919	NJ 1919, 605	blz. 67
's-Gravenhage	24 maart 1919	W 10438	blz. 54
Amsterdam	18 november 1921	NJ 1923, 249	blz. 43
Arnhem	14 juli 1927	NJ 1928, 683	blz. 43
's-Gravenhage	1 december 1930	NJ 1931, 506	blz. 67
Amsterdam	8 januari 1931	NJ 1932, 361	blz. 67
's-Gravenhage	12 februari 1931	NJ 1932, 19	blz. 76
Arnhem	25 oktober 1933	NJ 1934, 189	blz. 42, 67
Amsterdam	14 mei 1936	NJ 1936, 932	blz. 148
's-Gravenhage	31 oktober 1938	NJ 1939, 201	blz. 187
Arnhem	8 november 1938	NJ 1939, 383	blz. 37, 43
Amsterdam	17 november 1938	NJ 1939, 669	blz. 156
's-Gravenhage	5 december 1938	NJ 1939, 179	blz. 187
's-Gravenhage	9 november 1939	NJ 1940, 171	blz. 187
Leeuwarden	12 juni 1940	NJ 1941, 131	blz. 104
's-Hertogenbosch	2 december 1940	NJ 1941, 268	blz. 116
's-Hertogenbosch	8 januari 1946	NJ 1947, 635	blz. 40, 44
's-Gravenhage	7 oktober 1946	NJ 1947, 113	blz. 185-186
Amsterdam	24 maart 1949	NJ 1950, 142	blz. 130, 139
Amsterdam	29 april 1950	NJ 1950, 738	blz. 168
Leeuwarden	6 september 1950	NJ 1950, 746	blz. 185-187
Amsterdam	25 oktober 1950	NJ 1954, 761	blz. 192
Leeuwarden	29 november 1950	NJ 1951, 651	blz. 117
Arnhem	18 juni 1952	NJ 1952, 631	blz. 168
Amsterdam	21 mei 1953	NJ 1954, 578	blz. 303
Arnhem	17 november 1954	NJ 1954, 229	blz. 303, 337
Amsterdam	10 december 1954	NJ 1955, 444	blz. 192

Leeuwarden	4 mei 1955	NJ 1956, 85	blz. 83, 87
Arnhem	28 juni 1955	NJ 1956, 79	blz. 186, 189
Amsterdam	4 augustus 1955	NJ 1956, 215	blz. 189
Leeuwarden	2 november 1955	NJ 1957, 34	blz. 84
Amsterdam	12 november 1959	NJ 1960, 285	blz. 67
's-Hertogenbosch	19 mei 1960	NJ 1961, 119	blz. 192
Amsterdam	21 juli 1960	NJ 1960, 623	blz. 174
Amsterdam	21 februari 1962	NJ 1962, 378	blz. 119
's-Hertogenbosch	26 april 1962	NJ 1962, 497	blz. 168
's-Gravenhage	25 april 1963	NJ 1965, 222	blz. 31, 73
Leeuwarden	23 oktober 1963	NJ 1965, 414	blz. 303
Amsterdam	19 juni 1964	NJ 1965, 176	blz. 119
Amsterdam	19 oktober 1965	NJ 1966, 313	blz. 117
's-Gravenhage	4 mei 1966	NJ 1967, 249	blz. 107-108
's-Hertogenbosch	16 juni 1966	NJ 1967, 219	blz. 192
Leeuwarden	27 november 1966	NJ 1967, 227	blz. 117
Amsterdam	11 april 1967	NJ 1970, 88	blz. 56
Amsterdam	20 maart 1969	NJ 1969, 288	blz. 303, 337
's-Hertogenbosch	5 november 1969	NJ 1970, 37	blz. 183
's-Hertogenbosch	18 november 1969	NJ 1970, 206	blz. 183, 186, 188
Arnhem	9 maart 1970	De Pacht 2995	blz. 56
Amsterdam	19 mei 1970	NJ 1970, 366	blz. 140
Amsterdam	5 november 1970	NJ 1971, 90	blz. 186
Amsterdam	6 november 1970	NJ 1971, 93	blz. 183
Arnhem	9 november 1970	De Pacht 2995	blz. 56
Amsterdam	26 september 1972	NJ 1973, 466	blz. 135
Arnhem	17 oktober 1972	NJ 1973, 253	blz. 117
Arnhem	31 januari 1973	NJ 1973, 410	blz. 123
Arnhem	10 april 1973	NJ 1973, 512	blz. 135, 184
Amsterdam	17 april 1973	NJ 1973, 330	blz. 123
Amsterdam	22 mei 1973	NJ 1973, 331	blz. 123
Amsterdam	12 juni 1973	NJ 1973, 466	blz. 135
's-Hertogenbosch	13 september 1973	NJ 1974, 27	blz. 119
's-Gravenhage	23 november 1973	NJ 1975, 49	blz. 123
Amsterdam	8 maart 1974	NJ 1974, 487	blz. 62
's-Gravenhage	7 juni 1974	NJ 1975, 50	blz. 123
's-Gravenhage	7 juni 1974	NJ 1975, 51	blz. 123
Amsterdam	13 juni 1974	NJ 1975, 85	blz. 89
Arnhem	17 juni 1974	NJ 1974, 533	blz. 179, 181
Arnhem	9 juli 1974	NJ 1975, 359	blz. 139
Arnhem	4 februari 1975	NJ 1975, 429	blz. 135
Leeuwarden	21 mei 1975	NJ 1976, 261	blz. 135
Arnhem	30 september 1975	NJ 1977, 9	blz. 117
's-Hertogenbosch	18 december 1975	NJ 1976, 308	blz. 134
's-Hertogenbosch	16 juni 1976	NJ 1977, 178	blz. 89, 156, 187
's-Hertogenbosch	19 oktober 1976	NJ 1977, 392	blz. 89, 159, 201
Amsterdam	29 juni 1977	NJ 1978, 158	blz. 136
's-Hertogenbosch	9 februari 1979	NJ 1979, 528	blz. 134
Amsterdam	16 februari 1979	NJ 1979, 536	blz. 93
Amsterdam	16 januari 1980	NJ 1981, 476	blz. 59
Arnhem	10 maart 1980	NJ 1981, 590	blz. 94
Arnhem	10 maart 1980	NJ 1981, 591	blz. 94
Amsterdam	10 juli 1980	NJ 1980, 594	blz. 94-95
's-Hertogenbosch	28 januari 1981	NJ 1981, 523	blz. 11, 14, 83, 311, 363
Amsterdam	27 augustus 1981	NJ 1983, 74	blz. 96

Arnhem	19 januari 1982	NJ 1983, 156	blz. 157, 159, 201
Leeuwarden	3 maart 1982	WPNR 5616	blz. 11, 14, 83, 363
Amsterdam	26 maart 1982	NJ 1982, 428	blz. 93, 95
's-Gravenhage	2 juni 1982	NJ 1983, 162	blz. 152-153, 155
Arnhem	14 november 1983	NJ 1984, 499	blz. 70
Amsterdam	20 januari 1984	NJ 1985, 431	blz. 184
Arnhem	23 januari 1984	NJ 1985, 141	blz. 95
Leeuwarden	1 februari 1984	NJ 1984, 673	blz. 126
's-Gravenhage	8 februari 1984	NJ 1984, 689	blz. 117
's-Gravenhage	29 maart 1984	NJ 1984, 400	blz. 178
's-Gravenhage	10 mei 1984	NJ 1985, 363	blz. 157
Amsterdam	30 augustus 1984	NJ 1985, 177	blz. 93
Amsterdam	22 november 1984	NJ 1985, 808	blz. 179
's-Gravenhage	5 december 1984	NJ 1985, 584	blz. 159
's-Gravenhage	7 maart 1985	NJ 1986, 391	blz. 123
's-Gravenhage	20 maart 1985	NJ 1986, 683	blz. 117
Arnhem	16 september 1985	NJ 1986, 166	blz. 171
Amsterdam	14 november 1985	KG 1985, 383	blz. 29
Amsterdam	20 februari 1986	KG 1986, 158	blz. 98, 337
Amsterdam	26 juni 1986	KG 1986, 386	blz. 93

#### ARRONDISSEMENTSRECHTBANKEN

Utrecht	24 september 1841	W 270	blz. 81
Eindhoven	4 december 1843	W 465	blz. 156
Assen	18 november 1844	W 648	blz. 130
Amsterdam	20 juli 1846	W 771	blz. 81
Rotterdam	21 mei 1849	W 1049	blz. 130
's-Gravenhage	8 juni 1860	W 2197	blz. 130
Amsterdam	18 maart 1863	W 2493	blz. 38, 129
Roermond	16 januari 1873	W 3559	blz. 152
Maastricht	4 december 1873	W 3680	blz. 129-130
Amsterdam	2 maart 1875	W 3871	blz. 38
Amsterdam	25 januari 1876	W 3977	blz. 81
Zwolle	12 april 1876	W 4007	blz. 129
Assen	9 februari 1880	W 4496	blz. 81
Groningen	1 juni 1883	W 4937	blz. 73-74, 152
Leeuwarden	15 januari 1885	W 5186	blz. 156
Rotterdam	19 april 1886	W 5336	blz. 81
Almelo	21 april 1886	WNR 864	blz. 81
Maastricht	4 december 1886	W 5467	blz. 129
Rotterdam	21 november 1887	W 5867	blz. 73
Amsterdam	28 februari 1889	W 5682	blz. 81
Heerenveen	8 maart 1889	WNR 1033	blz. 152
Rotterdam	10 april 1893	W 6364	blz. 73-74
Amsterdam	15 juni 1893	W 6492	blz. 156
's-Hertogenbosch	10 mei 1895	W 6731	blz. 161
Rotterdam	18 mei 1896	W 6862	blz. 81
Rotterdam	1 mei 1899	W 7314	blz. 65
Breda	11 juli 1899	W 7357	blz. 105
Maastricht	6 februari 1902	W 7815	blz. 156
Amsterdam	21 juni 1905	WPNR 1971	blz. 156
Utrecht	18 december 1907	W 8985	blz. 42, 153
Rotterdam	21 november 1910	WPNR 2185	blz. 83

Rotterdam	20 februari 1911	W 9183	blz. 111
Pres. 's-Gravenhage	8 mei 1912	WPNR 2217	blz. 152
Amsterdam	3 maart 1913	NJ 1913, 751	blz. 40, 44
Roermond	6 maart 1913	NJ 1913, 1013	blz. 40, 44
Breda	10 juni 1913	NJ 1913, 1074	blz. 14
Rotterdam	29 november 1915	NJ 1916, 1122	blz. 83
Pres. 's-Gravenhage	10 oktober 1916	NJ 1917, 241	blz. 147
Amsterdam	12 november 1917	NJ 1918, 538	blz. 6
Dordrecht	24 april 1918	NJ 1918, 1215	blz. 40, 43
's-Gravenhage	8 april 1919	NJ 1919, 601	blz. 83
Pres. 's-Gravenhage	15 december 1919	NJ 1920, 270	blz. 192
Roermond	5 februari 1920	W 10571	blz. 83
Zutphen	5 februari 1920	W 10565	blz. 153
Utrecht	17 maart 1920	NJ 1921, 142	blz. 65
's-Gravenhage	27 mei 1920	NJ 1920, 920	blz. 13, 42
Roermond	22 juli 1920	W 10773	blz. 74
Utrecht	22 september 1920	NJ 1921, 162	blz. 77
's-Gravenhage	21 oktober 1920	NJ 1921, 33	blz. 83
Amsterdam	27 juni 1921	W 10758	blz. 83
Dordrecht	18 oktober 1922	NJ 1923, 570	blz. 40, 43
Amsterdam	11 december 1922	W 11002	blz. 128
Utrecht	20 december 1922	NJ 1923, 1013	blz. 153
Dordrecht	31 januari 1923	W 11050	blz. 76
Maastricht	15 februari 1923	NJ 1926, 214	blz. 153, 156
Amsterdam	25 mei 1923	NJ 1923, 1064	blz. 155
Tiel	15 februari 1924	NJ 1924, 1183	blz. 76
Middelburg	13 januari 1926	NJ 1926, 833	blz. 152
Amsterdam	7 mei 1926	W 11573	blz. 83
Utrecht	10 november 1926	NJ 1927, 1008	blz. 155
Alkmaar	18 november 1926	NJ 1927, 304	blz. 74
Arnhem	6 januari 1927	W 11629	blz. 43
's-Gravenhage	24 mei 1927	NJ 1928, 990	blz. 13, 42
Pres. Amsterdam	12 december 1927	NJ 1928, 468	blz. 78
Haarlem	27 februari 1928	W 11879	blz. 44
Arnhem	27 december 1928	NJ 1930, 1086	blz. 83
Arnhem	11 april 1929	W 12023	blz. 43
Rotterdam	23 oktober 1929	W 12168	blz. 76
Maastricht	14 november 1929	NJ 1930, 870	blz. 78
Pres. 's-Gravenhage	30 maart 1931	NJ 1931, 987	blz. 192
Dordrecht	7 oktober 1931	NJ 1931, 1642	blz. 74-75
Pres. Rotterdam	19 april 1932	NJ 1934, 22	blz. 78
Pres. Breda	18 januari 1933	NJ 1934, 514	blz. 152
Pres. Amsterdam	20 april 1933	NJ 1933, 751	blz. 131
Haarlem	24 oktober 1933	NJ 1934, 777	blz. 128-129
Amsterdam	10 november 1933	W 12789	blz. 40, 44
Pres. Rotterdam	2 november 1934	NJ 1935, 738	blz. 147
Rotterdam	10 september 1935	NJ 1936, 71	blz. 173
Roermond	5 november 1936	NJ 1938, 68	blz. 180
Haarlem	27 april 1937	NJ 1937, 1063	blz. 148
Pres. Amsterdam	31 januari 1938	NJ 1939, 429	blz. 37, 169
Arnhem	17 februari 1938	NJ 1938, 841	blz. 75, 187
Amsterdam	22 oktober 1940	NJ 1940, 994	blz. 43
Amsterdam	26 maart 1941	NJ 1941, 471	blz. 77
Haarlem	29 juli 1941	NJ 1942, 185	blz. 83
's-Hertogenbosch	16 januari 1942	NJ 1943, 18	blz. 156
Haarlem	8 mei 1945	NJ 1947, 43	blz. 186

Pres. Amsterdam	14 januari 1946	NJ 1946, 684	blz. 180
Pres. Arnhem	23 juli 1947	NJ 1947, 549	blz. 187
Assen	4 november 1947	NJ 1950, 33	blz. 77, 152, 192
's-Gravenhage	1 februari 1949, NJ	1949, 707	blz. 119
Zwolle	11 februari 1949	NJ 1948, 749	blz. 186-187
's-Gravenhage	29 juni 1948	NJ 1948, 483	blz. 40, 44
's-Gravenhage	26 april 1949	NJ 1950, 189	blz. 44
Amsterdam	15 november 1949	NJ 1950, 78	blz. 301
's-Gravenhage	4 januari 1950	NJ 1951, 205	blz. 157
Alkmaar	12 januari 1950	NJ 1950, 251	blz. 192
Pres. 's-Hertogenbosch	12 mei 1950	NJ 1951, 374	blz. 139
Pres. 's-Hertogenbosch	20 oktober 1950	NJ 1951, 581	blz. 187
Middelburg	27 december 1950	NJ 1952, 270	blz. 303
Middelburg	13 juni 1951	NJ 1953, 31	blz. 187
Alkmaar	4 maart 1954	NJ 1954, 708	blz. 192
Haarlem	15 juni 1954	NJ 1955, 129	blz. 126
Zwolle	23 juni 1954	NJ 1954, 664	blz. 119
Dordrecht	2 februari 1955	NJ 1955, 536	blz. 119
Rotterdam	14 oktober 1955	NJ 1957, 270	blz. 192
Zutphen	10 november 1955	NJ 1956, 354	blz. 119
Pres. Roermond	26 september 1957	NJ 1958, 198	blz. 187
Pres. Amsterdam	27 maart 1958	NJ 1958, 245	blz. 63, 185
Pres. 's-Gravenhage	18 augustus 1958	NJ 1958, 452	blz. 63, 185
Pres. 'Amsterdam	27 november 1959	NJ 1960, 110	blz. 192
Pres. 's-Gravenhage	3 maart 1960	NJ 1961, 15	blz. 131
Pres. 's-Hertogenbosch	29 juni 1960	NJ 1961, 137	blz. 187
Pres. Haarlem	27 oktober 1961	NJ 1962, 296	blz. 339
Pres. Amsterdam	2 mei 1963	NJ 1963, 292	blz. 34
Pres. Groningen	4 december 1963	NJ 1964, 252	blz. 192
Pres. Dordrecht	19 juni 1964	NJ 1965, 239	blz. 108
Pres. Amsterdam	8 september 1965	NJ 1965, 300	blz. 131
Leeuwarden	17 maart 1966	NJ 1966, 286	blz. 117
's-Hertogenbosch	3 juni 1966	NJ 1967, 384	blz. 192
Pres. Alkmaar	19 oktober 1966	NJ 1967, 200	blz. 56
Assen	7 september 1967	NJ 1968, 146	blz. 117
Pres. 's-Gravenhage	18 december 1968	NJ 1969, 442	blz. 135
Pres. Breda	14 januari 1969	NJ 1969, 248	blz. 135
Pres. Leeuwarden	28 augustus 1970	NJ 1971, 3	blz. 131
Pres. Dordrecht	22 december 1971	NJ 1972, 282	blz. 131, 204
Amsterdam	4 april 1972	NJ 1972, 276	blz. 132
Middelburg	6 september 1972	NJ 1973, 75	blz. 117, 119
Pres. Utrecht	16 april 1973	NJ 1976, 155	blz. 183
Alkmaar	19 april 1973	NJ 1974, 226	blz. 75
Pres. Alkmaar	10 september 1973	NJ 1974, 448	blz. 137
Arnhem	4 april 1974	NJ 1975, 52	blz. 123
Alkmaar	27 juni 1974	NJ 1975, 65	blz. 68
Amsterdam	15 oktober 1974	NJ 1975, 502	blz. 123
Rotterdam	24 januari 1975	NJ 1976, 87	blz. 66
Maastricht	13 maart 1975	NJ 1975, 452	blz. 123
Pres. Utrecht	25 april 1975	NJ 1975, 430	blz. 135, 184
Pres. 's-Hertogenbosch	22 mei 1975	NJ 1975, 217	blz. 192
Middelburg	18 juni 1975	NJ 1976, 350	blz. 89
Dordrecht	2 juli 1975	PRG 1114	blz. 117
's-Gravenhage	26 januari 1976	PRG 1115	blz. 117, 120
Roermond	12 juli 1976	NJ 1978, 133	blz. 123
Dordrecht	14 juli 1976	De Pacht 3344	blz. 59

's-Gravenhage	30 november 1976	NJ 1978, 13	blz. 11, 14, 83, 363
Pres. Utrecht	4 januari 1977	PRG 1227	blz. 90
Pres. Dordrecht	14 september 1977	BR 1978, 30	blz. 81
Pres. Alkmaar	25 juli 1978	NJ 1979, 249	blz. 135
Pres. Middelburg	18 augustus 1978	NJ 1979, 591	blz. 85, 192, 290, 293
Rotterdam	20 oktober 1978	De Pacht 3466	blz. 59
Maastricht	21 december 1978	NJ 1982, 34	blz. 59
Pres. 's-Gravenhage	29 maart 1979	NJ 1980, 74	blz. 109
Amsterdam	11 september 1979	NJ 1980, 240	blz. 159, 201
Leeuwarden	13 februari 1980	NJ 1980, 640	blz. 134-135
Middelburg	26 maart 1980	NJ 1981, 25	blz. 31, 73
Pres. Utrecht	23 juli 1980	NJ 1981, 248	blz. 135
Pres. Amsterdam	31 juli 1980	NJ 1980, 422	blz. 94
Pres. Leeuwarden	20 november 1980	KG 1981, 129	blz. 179, 181, 187
Pres. 's-Hertogenbosch	13 juni 1980	NJ 1981, 164	blz. 93
Pres. Utrecht	5 februari 1981	KG 1981, 68	blz. 93
Pres. 's-Gravenhage	9 februari 1981	PRG 1651	blz. 103, 152, 157
's-Hertogenbosch	13 februari 1981	NJ 1981, 543	blz. 157
Pres. Arnhem	20 februari 1981	NJ 1981, 166	blz. 93
Pres. Rotterdam	26 februari 1981	KG 1981, 13	blz. 293, 303
Pres. Amsterdam	15 maart 1981	KG 1981, 21	blz. 95
Pres. Leeuwarden	27 augustus 1981	KG 1981, 130	blz. 178-179, 181, 187
Pres. Maastricht	19 oktober 1981	NJ 1982, 486	blz. 169
Pres. Zutphen	27 oktober 1981	KG 1981, 161	blz. 139
Pres. Amsterdam	12 november 1981	KG 1981, 166	blz. 81
Pres. Amsterdam	12 november 1981	KG 1981, 167	blz. 95
Pres. Amsterdam	24 juni 1982	NJ 1983, 137	blz. 139
Pres. Alkmaar	7 december 1982	KG 1983, 1	blz. 293, 303
Pres. Rotterdam	10 januari 1983	KG 1983, 99	blz. 84
Pres. Amsterdam	27 januari 1983	KG 1983, 72	blz. 132
Pres. Arnhem	2 februari 1983	KG 1983, 73	blz. 135, 138
Pres. Roermond	14 maart 1983	KG 1983, 125	blz. 70
Pres. Zwolle	21 maart 1983	KG 1983, 133	blz. 34
Pres. Amsterdam	26 mei 1983	KG 1983, 185	blz. 96
Pres. Amsterdam	2 juni 1983	KG 1983, 191	blz. 93
Pres. 's-Hertogenbosch	14 juni 1983	KG 1983, 208	blz. 89, 303
Pres. Amsterdam	16 juni 1983	KG 1983, 218	blz. 136
Pres. 's-Gravenhage	17 juni 1983	KG 1983, 222	blz. 11, 14, 83, 363
Arnhem	23 juni 1983	NJ 1985, 617	blz. 301
Pres. Arnhem	26 juni 1983	KG 1983, 211	blz. 93
's-Hertogenbosch	30 september 1983	NJ 1984, 646	blz. 126
Zutphen	7 oktober 1983	NJ 1984, 142	blz. 128
Middelburg	30 november 1983	NJ 1984, 595	blz. 192
's-Hertogenbosch	16 december 1983	NJ 1984, 675	blz. 107
Pres. Amsterdam	22 december 1983	KG 1984, 15	blz. 95
Pres. Breda	23 december 1983	KG 1984, 32	blz. 96
Pres. Leeuwarden	4 januari 1984	KG 1984, 35	blz. 83
Pres. Amsterdam	12 januari 1984	NJ 1984, 448	blz. 103
Utrecht	24 januari 1984	NJ 1985, 100	blz. 90
Pres. Assen	31 januari 1984	KG 1984, 55	blz. 139
Pres. Arnhem	1 februari 1984	KG 1984, 68	blz. 101, 339
Pres. Amsterdam	16 februari 1984	KG 1984, 75	blz. 93, 95

Pres. Zwolle	16 maart 1984	KG 1984, 108	blz. 99
Pres. Roermond	28 juni 1984	KG 1984, 207	blz. 36
Pres. Arnhem	29 juni 1984	KG 1984, 212	blz. 96
Pres. 's-Hertogenbosch	29 juni 1984	KG 1984, 258	blz. 70
Pres. Haarlem	18 juli 1984	KG 1984, 233	blz. 101, 103, 339
Pres. Rotterdam	20 juli 1984	KG 1984, 239	blz. 70
Pres. Amsterdam	23 augustus 1984	KG 1984, 268	blz. 96
Pres. Amsterdam	1 november 1984	KG 1984, 336	blz. 139
Pres. Breda	6 november 1984	KG 1984, 349	blz. 95-96
Pres. Amsterdam	8 november 1984	KG 1984, 346	blz. 139
Pres. Amsterdam	8 november 1984	NJ 1985, 184	blz. 90
Pres. Amsterdam	8 november 1984	NJ 1985, 366	blz. 156
Pres. Utrecht	6 december 1984	KG 1985, 6	blz. 128
Pres. Arnhem	20 december 1984	NJ 1985, 540	blz. 95
Pres. Alkmaar	18 januari 1985	KG 1985, 50	blz. 139
Pres. Leeuwarden	25 januari 1985	KG 1985, 75	blz. 184
Pres. Amsterdam	31 januari 1985	KG 1985, 57	blz. 140
Pres. 's-Gravenhage	12 februari 1985	KG 1985, 67	blz. 103-104
Haarlem	19 februari 1985	NJ 1987, 51	blz. 11, 14, 83, 363
Pres. 's-Hertogenbosch	14 maart 1985	NJ 1985, 917	blz. 303
Pres. Roermond	14 maart 1985	KG 1985, 100	blz. 13, 49
Amsterdam	19 maart 1985	NJ 1986, 320	blz. 123
Pres. Breda	2 april 1985	KG 1985, 153	blz. 140
Pres. Groningen	1 mei 1985	KG 1985, 169	blz. 140
Pres. 's-Gravenhage	10 mei 1985	KG 1985, 168	blz. 70
Pres. Haarlem	1 juli 1985	NJ 1986, 807	blz. 107
Rotterdam	15 juli 1985	NJ 1986, 564	blz. 137, 179, 186
Pres. Haarlem	23 juli 1985	KG 1985, 298	blz. 30
Pres. Amsterdam	26 september 1985	KG 1985, 313	blz. 84, 87
Pres. Breda	30 september 1985	KG 1985, 319	blz. 311
Pres. Roermond	10 oktober 1985	KG 1985, 329	blz. 172, 174
Pres. Amsterdam	7 november 1985	KG 1985, 364	blz. 98
Pres. Amsterdam	21 november 1985	KG 1985, 385	blz. 95
Pres. Dordrecht	21 november 1985	KG 1986, 6	blz. 183
Pres. Breda	13 december 1985	KG 1986, 39	blz. 102
Pres. Amsterdam	19 december 1985	KG 1986, 37	blz. 98, 337
Pres. Amsterdam	23 januari 1986	KG 1986, 128	blz. 95
Pres. Dordrecht	6 februari 1986	KG 1986, 131	blz. 70
Pres. Middelburg	10 maart 1986	KG 1986, 186	blz. 183, 186, 188
Pres. Arnhem	25 maart 1986	NJ 1986, 634	blz. 109
Pres. Arnhem	10 april 1986	KG 1986, 200	blz. 96-98, 337
Pres. 's-Hertogenbosch	17 april 1986	KG 1986, 226	blz. 70
Pres. Breda	12 mei 1986	KG 1986, 254	blz. 140
Pres. Zwolle	20 mei 1986	KG 1986, 301	blz. 99, 179
Pres. Amsterdam	12 juni 1986	KG 1986, 285	blz. 140, 186
Pres. Roermond	26 juni 1986	KG 1986, 324	blz. 192
Pres. Breda	3 juli 1986	KG 1986, 357	blz. 103
Pres. Zwolle	4 juli 1986	KG 1986, 395	blz. 174
Pres. Amsterdam	10 juli 1986	ongepubl.	blz. 34
Pres. Haarlem	10 juli 1986	KG 1986, 331	blz. 48, 164
Pres. Haarlem	22 juli 1986	KG 1986, 349	blz. 114, 309
Pres. Middelburg	6 augustus 1986	KG 1986, 391	blz. 140
Pres. Arnhem	21 augustus 1986	KG 1986, 419	blz. 11, 14, 83, 363
Pres. Assen	25 september 1986	KG 1986, 470	blz. 89, 187

Pres. Breda	29 september 1986	KG 1986, 460	blz. 178
Pres. Amsterdam	2 oktober 1986	KG 1986, 454	blz. 70
Pres. Rotterdam	20 november 1986	KG 1986, 550	blz. 156
Pres. Leeuwarden	2 december 1986	KG 1987, 11	blz. 131

## KANTONGERECHTEN

Amsterdam	11 augustus 1942	NJ 1943, 442	blz. 43
Leiden	23 januari 1946	NJ 1946, 708	blz. 187
Haarlem	7 juni 1946	NJ 1947, 665	blz. 44
Sneek	20 augustus 1947	NJ 1948, 323	blz. 44
Amersfoort	27 juli 1949	NJ 1950, 759	blz. 44
's-Gravenhage	31 maart 1951	NJ 1952, 135	blz. 187
Sommelsdijk	20 februari 1952	NJ 1953, 300	blz. 187
's-Gravenhage	13 april 1955	PRG 355	blz. 43
Amsterdam	18 augustus 1955	PRG 471	blz. 66
Rotterdam	23 september 1957	PRG 632	blz. 66
Winschoten	17 november 1959	NJ 1960, 344	blz. 45
Eindhoven	16 juni 1960	NJ 1960, 536	blz. 164
's-Gravenhage	22 augustus 1960	NJ 1961, 350	blz. 66
Leiden	23 juni 1966	PRG 326	blz. 56
Meppel	14 mei 1970	PRG 811	blz. 100, 187
Eindhoven	2 februari 1978	PRG 1302	blz. 120
Gorinchem	8 november 1982	NJ 1983, 383	blz. 128
Eindhoven	28 maart 1984	NJ 1985, 130	blz. 51
Amsterdam	13 juni 1984	NJ 1985, 787	blz. 128
Dordrecht	25 juli 1985	PRG 2375	blz. 128

## CENTRALE GRONDKAMER

31 augustus 1942	NJ 1942, 789	blz. 55
14 juli 1947	NJ 1948, 151	blz. 56
17 november 1947	NJ 1948, 451	blz. 54
8 december 1947	NJ 1948, 604	blz. 56
14 april 1949	De Pacht 1156	blz. 54
6 december 1954	De Pacht 1675	blz. 56
21 april 1958	NJ 1958, 259	blz. 56
1 mei 1962	De Pacht 2336	blz. 58
21 januari 1963	De Pacht 2388	blz. 58

## GRONDKAMERS

Zuid-Holland	8 februari 1946	De Pacht 1172	blz. 56
Drenthe	17 december 1946	De Pacht 803	blz. 54
Drenthe	28 januari 1947	De Pacht 888	blz. 54
Zuid-Holland	7 september 1947	De Pacht 887	blz. 56
Limburg	12 juli 1948	De Pacht 1049	blz. 54
Zuid-Holland	21 oktober 1949	De Pacht 1175	blz. 54
Drenthe	8 augustus 1960	De Pacht 2160	blz. 58



## OVERIGE INSTANTIES

Gerecht in eerste aanleg Curacao Hof van Justitie Ned. Antillen Europese Cie. Rechten vd Mens Europese Cie. Rechten vd Mens Benelux-gerechtshof Benelux-gerechtshof Benelux-gerechtshof	25 maart 1957 29 mei 1973 21 februari 1975 13 maart 1980 9 juli 1981 11 mei 1982 11 mei 1982	NJ 1958, 584 NJ 1974, 73 NJ 1975, 462 NJ 1981, 121 NJ 1982, 190 NJ 1983, 610 NJ 1983, 613	blz. 43 blz. 62 blz. 179 blz. 138 blz. 183, 186, 188 blz. 184, 278-279 blz. 129, 184, 278-279
Vz. Afd. Rechtspraak Raad van State	13 september 1985	KG 1986, 43	blz. 91

- actio pauliana ... 5, 312, 334, 355
- adiudicatio ... 118-120, 238, 292, 333, 348, 366, 369
- afgifte minderjarigen ... 148, 161, 179, 184, 201-203, 209, 266
- ambtenaar van de burgerlijke stand ... 123
- arbitrage ... 254, 362
- authentieke akte ... 8, 43, 102, 123, 141, 145, 149-150, 161, 247-250, 254, 256-257, 267, 310, 318, 326, 336, 343
- beslag ... 2, 87, 182-183, 188, 198, 276, 286, 318, 322, 326
- beslag tot afgifte ... 302
- beslag tot verhaal ... 287, 302
- bestuursdwang ... 15
- bevel tot openbare verkoop ... 116
- bevel tot teruggave ... 47, 163-166, 194
- bindend advies ... 308
- boedelscheiding ... 113, 115
- cognitio extra ordinaria-proces ... 20
- common law ... 225, 230, 237
- compensatie ... 45, 285
- conservatoir beslag ... 182, 190, 192, 194, 199, 290, 318, 322, 331, 365
- constitutum possessorium ... 78, 88
- contactverbod ... 139
- contempt of court ... 225, 237, 266, 269
- de zijnen ... 92-93, 97, 103, 151, 177, 211
- deurwaarder ... 77, 80, 89, 93, 95, 101, 124, 129, 137, 159, 166-168, 171-174, 176, 188, 196, 202, 208, 210-211, 219, 246, 266, 307, 322, 327-328, 332, 336-338, 358, 364
- doorhaling in register ... 197, 200-201, 218, 300, 308, 342
- dubbele verkoop ... 88, 194, 208, 222, 231, 237, 240, 248, 250, 289, 295, 297
- dwangsom ... 2, 5, 9, 28, 34, 37, 61, 63, 67, 81, 84, 87, 111, 135, 137-138, 140, 155, 163, 172, 177, 179, 181-190, 198, 214, 216, 223, 225, 245, 255, 259, 266, 270, 275, 279-281, 287, 310, 351
- dwanguitgifte akte ... 161, 176, 204
- dwangvertegenwoordiger ... 309-310, 335, 346-347, 362
- eigenrichting ... 16, 37, 41, 73, 96, 137, 141, 152, 161, 207, 211, 220, 255, 285
- equity ... 225, 230, 237
- esecuzione in forma specifica ... 265, 268
- execution directe ... 244, 262, 268
- execution en nature ... 244, 262-263, 268
- executoriale titel ... 8, 141, 144, 150, 158, 266-267, 305, 318, 335
- feitelijk handelen ... 35-36
- formeel recht ... 1, 45, 48, 276, 278
- formula-proces ... 20
- gedwongen ontruiming ... 89, 231, 314, 319, 335, 337, 363
- gedwongen schuldverrekening ... 120
- gedwongen tenuitvoerlegging ... 264-267
- gedwongen verrekening ... 122
- grosse ... 8, 43-44, 102-103, 145, 148, 150, 153, 156, 175, 177, 196, 218, 256, 336, 339
- herstel dienstbetrekking ... 62, 357
- herstel in de oude toestand ... 64, 66-67, 74, 154-155, 164, 204, 223, 259, 265, 337, 353

- Huidenstraat ... 94, 97-98, 337, 368  
 huur ... 48  
 huurkoop ... 47, 158, 161, 163, 165, 168, 194  
 huurwet ... 51  
 huwelijksinbreuk ... 130, 215  
 huwelijks toestemming ... 127-128  
 huwelijksvrouw ... 128  
 hypotheek ... 105-109, 218, 308, 321, 343  
  
 indirecte dwangmiddelen ... 3, 21-22, 35, 214, 216, 223, 265, 287  
 indirecte executiemiddelen ... 5, 62-63, 279, 288, 310  
 injunction ... 228-229, 236  
 inlage ... 21  
  
 legis actio-proces ... 20  
 levering teboekgestelde schepen ... 148, 194-196, 296-297, 299, 357  
 lijfswang ... 2, 5, 9, 24, 28, 34, 63, 81, 87, 102, 136-137, 140, 149-150, 152, 163, 177-181, 185-188, 198, 214, 216, 223, 252, 275-276, 279-281, 351  
 Lumley-Wagner ... 229, 241, 271  
  
 maritaal beslag ... 190, 199-200, 333  
 materieel recht ... 1, 45, 48, 276  
  
 Naturalherstellung ... 270  
 Naturalvollstreckung ... 207, 268  
 natuurlijke verbintenis ... 71  
 nemo praecise ... 10, 12, 26, 33, 38, 63, 140, 153, 254-255, 262, 265  
 notariële akte ... 109, 141, 145, 148-149, 153, 156, 161, 171, 175-176, 204, 245, 256-257, 267, 310, 336, 344, 358  
  
 omgangsregeling ... 131, 137, 139, 184  
 ontruiming ... 41, 74, 91-95, 99-100, 103, 148, 158, 161, 175, 177, 180-181, 187, 201, 210, 229, 267, 272, 335  
 Ontwerp 1816 ... 124, 276  
 Ontwerp 1820 ... 125, 276  
  
 Ontwerp 1865 ... 85, 99, 193, 286, 335  
 Ontwerp 1870 ... 85  
 Ontwerp 1899 ... 84  
 Ontwerp 1916 ... 85  
 Ontwerp 1920 ... 85, 277, 286, 307, 335  
 onzijdig persoon ... 113-115, 309, 345-347  
 Ordnungsgeld ... 216  
 Ordnungshaft ... 216  
  
 pacht ... 52  
 pand ... 321, 328  
 parate executie ... 15, 328  
 personal property ... 226  
 persoonlijke prestatie ... 9, 33-34, 63, 163, 183, 185, 190, 198, 204, 214-215, 221-222, 253, 265, 267, 271, 275, 284, 305, 310  
 politiedwang ... 15  
  
 real property ... 226  
 Realerfullung ... 222, 268  
 Realexekution ... 207, 222, 268  
 Realvollstreckung ... 222  
 rechterlijke machtiging ... 35, 37, 39, 41, 43, 49, 56, 94, 110, 123, 125, 127, 188, 200, 208, 230, 240, 247, 252, 254, 258, 263, 305, 316, 319  
 rechtsplicht ... 172, 189, 274, 282-284  
 rechtstreekse uitvoering ... 244, 251, 256, 268  
 rectificatie ... 67, 266, 345  
 rekening en verantwoording ... 197-198  
 revindicatoir beslag ... 190, 193-196, 296, 330-331  
 risarcimento in forma specifica ... 265, 268, 354  
  
 schadevergoeding ... 10, 17, 38, 125-126, 183, 290, 294-295, 302, 304, 312, 352  
 schadevergoeding in natura ... 58, 64, 67-68, 154, 193, 219, 250, 259, 265, 301, 352, 366  
 schadevergoeding in specifieke vorm ... 244, 258, 352, 354  
 scheiding en deling ... 113-114, 116  
 Selbsthilfe ... 207

- specific implement ... 237, 268
- specific performance ... 226-231,  
233-234, 236, 238, 240, 268,  
270, 354
- spesifieke nakoming ... 240, 268
- statute law ... 226, 230, 237
- stoclegging ... 22
  
- Tijdelijke Wet huurkoop onroerend  
goed ... 48, 158, 165
- traditio brevi manu ... 79
- traditio longa manu ... 79
- trouwbelofte ... 124-126, 215,  
218, 222, 232, 241
  
- uitvoerbaarheid bij  
voorraad ... 164, 175
- uitvoering in natura ... 244,  
247-248, 251-252, 255, 257,  
259, 268
  
- verbintenis om niet te  
doen ... 10, 12, 33, 36, 154,  
216, 223, 228, 251, 262,  
266-267, 274
- verbintenis om te doen ... 10,  
12, 33, 153, 223, 247, 251,  
253, 262, 266-267, 274
- verbintenis om te geven ... 10,  
12, 33, 152, 208, 222, 239,  
246, 253, 262, 266, 271, 274
- verbintenis onder  
tijdsbepaling ... 261, 282,  
323
- verbintenis onder  
voorwaarde ... 282, 323
- verhaalsexecutie ... 2, 5, 17, 76,  
287
- vonnis vervangt akte ... 11, 14,  
81, 175, 217, 247-249,  
296-297, 299, 309-310, 326,  
334, 358, 360, 362
- vonnis vervangt  
wilsverklaring ... 14, 83,  
106, 217, 219, 223, 249, 254,  
271, 298, 309, 362
- voorkeursrecht ... 58, 117, 302,  
304
- Vormerkung ... 291, 297-301,  
303, 314, 341
  
- Wetboek Napoleon ingerigt voor  
het Koninkrijk Holland ... 26
  
- zijdelingse dwangmiddelen ... 2,  
178, 185, 279
  
- Zwangsgeld ... 214
- Zwangshaft ... 214
- Zwangsvollstreckung ... 207

# ARTIKELREGISTER

BW 1: 16 ... 123	BW 1239 ... 84, 109, 153, 307, 309, 342, 363, 366
BW 1: 35 ... 127	BW 1239-1241 ... 107-110, 200, 369
BW 1: 36 ... 127-128	BW 1240 ... 84, 108, 197, 201
BW 1: 37 ... 128	BW 1269 ... 29
BW 1: 49 ... 124	BW 1270 ... 33
BW 1: 61 ... 127	BW 1271 ... 12, 180
BW 1: 67 ... 126	BW 1272 ... 10, 12, 17, 76
BW 1: 81 ... 128, 130, 133	BW 1275 ... 5, 9-10, 17, 64-65, 76, 82, 84, 268, 304, 367
BW 1: 83 ... 128, 133	BW 1275 e.v. ... 66, 244, 251
BW 1: 88 ... 309	BW 1276 ... 10, 13, 17, 38-39, 42, 44-45, 64-67, 76, 84, 96, 154, 188, 227, 305-306, 316, 366-367
BW 1: 96 ... 330	BW 1277 ... 4, 10, 13, 17, 35, 39, 41-42, 44-45, 49, 51, 53-55, 57, 67, 75-76, 81, 84, 94, 96, 107-110, 153, 188, 227, 305-306, 316, 354, 366-367, 369
BW 1:100 ... 118	BW 1279 ... 82
BW 1:110 ... 199	BW 1302 ... 11
BW 1:111 ... 200	BW 1303 ... 17, 76
BW 1:161 ... 132-133, 139, 184	BW 1342 ... 11, 17, 76
BW 1:170 ... 132-133	BW 1355 ... 47
BW 1:182 ... 132-133	BW 1356 ... 34, 117
BW 1:224 ... 135	BW 1371 ... 30
BW 1:345 ... 115, 118	BW 1401 ... 65
BW 1:409 ... 115	BW 1409 ... 67
BW 1:410 ... 114-115	BW 1461 ... 46
BW 2:134 ... 62	BW 1463 ... 46
BW 2:244 ... 62	BW 1576 ... 329
BW 628 ... 118	BW 1576q ... 165
BW 629 ... 75	BW 1576r ... 47, 84, 163, 165
BW 641 ... 74	BW 1576w ... 10, 48, 164-165
BW 667 ... 78-79	BW 1576x ... 48, 165
BW 668 ... 80	BW 1586 ... 48, 356
BW 671 ... 11, 80, 82, 84-86, 110, 174, 310	BW 1587 ... 48-49, 356
BW 671a ... 84, 86	BW 1623j ... 49, 52-53, 57, 84, 356, 368
BW 685 ... 75	BW 1634 ... 49-50, 52-53, 57, 84, 356, 368
BW 692 ... 74	BW 1639a ... 185
BW 714 ... 8, 15, 73, 75	BW 1639t ... 13, 62, 357, 363
BW 876e ... 62	BW 1689 ... 118
BW 876m ... 30, 69	BW 1788 ... 13
BW 876r ... 30, 69, 73	BW 1851 ... 344
BW 1112 ... 113	BW 1905 ... 144
BW 1117 ... 30, 69, 84, 113, 115, 153, 309, 345, 362, 369	BW 1906 ... 145
BW 1122 ... 116-118, 348-349, 369	BW 1907 ... 144
BW 1125 ... 119	
BW 1132 ... 121	
BW 1167 ... 120	
BW 1170 ... 120	
BW 1178 ... 290	
BW 1217 ... 30, 69, 83-84, 153, 307, 309, 363	
BW 1218 ... 8	
BW 1230 ... 89, 104	
BW 1231 ... 84	

BW 1926 ... 145

K 318 ... 4, 11, 83-84, 86, 119,  
148, 153, 194, 196, 292, 296,  
299, 307, 309-310, 331, 358,  
360, 363, 370

K 318a ... 291-292, 296, 299,  
358, 365

K 402 (oud) ... 35

K 725 ... 196

K 757 ... 11, 84, 86, 148, 194,  
196, 291-292, 296, 299,  
309-310, 331, 358, 360, 363,  
365, 370

K 765a ... 296

K 765b ... 296

Kdw 8 ... 342

Kdw 26 ... 316, 341, 360-363

Kdw 32 ... 362

Kdw 36 ... 342, 362

Kdw 39 ... 342

NBW 3. 1. 1. 1 ... 30

NBW 3. 1. 2. 1 ... 359

NBW 3. 1. 2. 2 ... 296, 301,  
340-342, 360-361

NBW 3. 1. 2. 4a ... 289, 293,  
303, 365

NBW 3. 1. 2. 9 ... 313, 361

NBW 3. 1. 2.10 ... 317, 342-343,  
362, 366

NBW 3. 1. 2.10a ... 313, 317,  
342-343, 361, 366

NBW 3. 2.11 ... 312, 334

NBW 3. 3.14 ... 344

NBW 3. 3.16 ... 344

NBW 3. 4. 2. 3a ... 293

NBW 3. 4. 2. 3b ... 293

NBW 3. 4. 2. 4 ... 310-311, 326,  
334

NBW 3. 4. 2. 4-3.4.2.7b ... 331

NBW 3. 4. 2. 5 ... 312, 331, 364

NBW 3. 4. 2. 6 ... 312, 364

NBW 3. 4. 2. 7 ... 311, 326, 334

NBW 3. 4. 2. 7a ... 312, 332

NBW 3. 4. 2. 7b ... 312, 321

NBW 3. 4. 2.10 ... 293, 298, 365

NBW 3. 4. 2.11 ... 312, 321, 331

NBW 3. 6. 1. 5b ... 330

NBW 3. 7. 1. 2 ... 333, 360

NBW 3. 7. 1. 7 ... 349-350

NBW 3. 7. 1. 9 ... 333

NBW 3. 7. 1.10 ... 309, 345,  
350, 362

NBW 3. 7. 1.11 ... 349

NBW 3. 7. 1.12 ... 347, 349, 363

NBW 3. 7. 1.14 ... 292, 333,  
348-350, 366

NBW 3. 7. 1.14a ... 331

NBW 3. 7. 2. 1 ... 321

NBW 3. 7. 2. 2b ... 346

NBW 3. 8.21a ... 87, 311

NBW 3. 9. 1. 6b ... 322

NBW 3. 9. 2. 2 ... 360

NBW 3. 9. 4. 8 ... 363

NBW 3. 9. 4.16 ... 322

NBW 3. 9. 4.19 ... 314

NBW 3. 9. 4.20 ... 112, 343-344,  
362, 366

NBW 3.10. 1. 1 ... 320-321

NBW 3.10. 1. 2 ... 290-291, 302

NBW 3.10. 3. 3 ... 320

NBW 3.10. 3.15 ... 320

NBW 3.10. 4a. 4 ... 320

NBW 3.11. 1 ... 5, 12, 280,  
282-283, 316, 323, 364

NBW 3.11. 1 e.v. ... 275, 350,  
370

NBW 3.11. 2 ... 11, 13, 274,  
280, 285-289, 305-307, 326,  
328, 335, 364-365

NBW 3.11. 2-3.11.4a ... 280,  
284, 325

NBW 3.11. 2a ... 274, 289,  
293-296, 301, 303-305, 314,  
316, 329, 331, 365, 370

NBW 3.11. 3 ... 13, 275, 280,  
285, 305-306, 316, 319, 335,  
338, 351, 354, 356, 364, 366

NBW 3.11. 4 ... 11, 13-14, 30,  
69, 80, 83, 86, 248-249, 275,  
285, 297-298, 306-311, 313,  
315-316, 319, 326, 331,  
334-335, 342-343, 346-347,  
351, 357-358, 360, 362-365,  
368

NBW 3.11. 4a ... 275, 312,  
314-315, 319, 326, 340,  
361-362

NBW 3.11. 5 e.v. ... 280-281

NBW 3.11. 6 ... 280

NBW 3.11. 7 ... 281, 360

NBW 3.11. 8 ... 188, 281, 283,  
285

NBW 3.11. 9 ... 281

NBW 3.11. 9a ... 281, 285

NBW 3.11.10 e.v. ... 281

NBW 3.11.21 ... 136, 278-279,  
281

NBW 4. 2. 1.10a ... 302

NBW 4. 4. 2. 4 ... 284, 293, 302

NBW 5. 1. 4 ... 289, 331, 360

NBW 5. 3.10b ... 361  
 NBW 5. 5. 6 ... 87, 311  
 NBW 5. 6. 8c ... 87, 311  
 NBW 5. 7. 1.10a ... 361  
 NBW 5.10. 1. 8a ... 361  
 NBW 6. 1. 1. 1 ... 29  
 NBW 6. 1. 1. 2 ... 353  
 NBW 6. 1. 8. 4a ... 7, 96, 190  
 NBW 6. 1. 9. 6 ... 352, 356  
 NBW 6. 1. 9. 9 ... 65-66, 96,  
 282, 301, 352-353, 366  
 NBW 6. 1.10. 7 ... 112  
 NBW 6. 3. 1. 5a ... 67, 353-354  
 NBW 6. 3. 1. 5b ... 67  
 NBW 6. 5. 2. 8a ... 70  
 NBW 6. 5. 2.12a ... 360  
 NBW 6. 5. 3. 1 ... 353  
 NBW 6. 5. 3. 4 ... 296, 312  
 NBW 6. 5. 3.11 ... 311, 332  
 NBW 6. 5. 3.12a ... 361  
 NBW 6. 5. 4.14 ... 292, 332  
 NBW 6. 5. 4.15 ... 332  
 NBW 7. 1. 1. 1 ... 47  
 NBW 7. 1. 1. 4 ... 329  
 NBW 7. 1. 1. 4a ... 356  
 NBW 7. 1. 3. 2 ... 306, 355, 366  
 NBW 7. 1.11.20 ... 329  
 NBW 7. 4. 2. 4 ... 306, 356  
 NBW 7. 5. 6. 3 ... 329  
 NBW 7.10. 5.17 ... 306, 357, 363  
 NBW 8. 3. 2.10 ... 296, 308,  
 314, 357, 363  
 NBW 8. 8. 2.11 ... 296, 308,  
 314, 357, 363  
 NRv. 5 ... 98  
 NRv. 52-54 ... 339  
 NRv. 54 ... 313  
 NRv. 81 ... 315  
 NRv. 82 ... 314  
 NRv. 430 ... 307, 312, 318-319,  
 336  
 NRv. 430-438a ... 316-317  
 NRv. 431 ... 319  
 NRv. 431a ... 320  
 NRv. 432 ... 319-320  
 NRv. 433 ... 319  
 NRv. 434 ... 319, 323  
 NRv. 435 ... 318, 320-321, 323  
 NRv. 436 ... 320, 323  
 NRv. 437 ... 321, 323  
 NRv. 438 ... 313, 321-323,  
 328-329, 334, 337, 359  
 NRv. 439 e.v. ... 287, 326  
 NRv. 444 ... 338, 359  
 NRv. 444a ... 359  
 NRv. 444b ... 359  
 NRv. 451 ... 328, 332  
 NRv. 474i ... 326, 358, 363  
 NRv. 477b ... 289  
 NRv. 491 ... 319, 326, 331  
 NRv. 491-500 ... 11, 102, 275,  
 280, 286-287, 289, 315-316,  
 318, 325, 331, 335, 364, 368,  
 370  
 NRv. 492 ... 327-328, 331, 334  
 NRv. 493 ... 328, 332  
 NRv. 494 ... 328, 332  
 NRv. 495 ... 328  
 NRv. 496 ... 321, 324, 328  
 NRv. 497 ... 302, 321, 329-330,  
 334  
 NRv. 498 ... 322, 328  
 NRv. 499 ... 328  
 NRv. 500 ... 329  
 NRv. 502 ... 336  
 NRv. 502 e.v. ... 328  
 NRv. 503 ... 336  
 NRv. 505 ... 112  
 NRv. 513a ... 317  
 NRv. 525 ... 314, 359  
 NRv. 555 ... 314, 319, 335-336  
 NRv. 555-557 ... 11, 275, 280,  
 286-287, 325, 338, 364-365  
 NRv. 555-558 ... 102, 316, 318,  
 335, 363, 370  
 NRv. 556 ... 337-338, 359  
 NRv. 557 ... 338, 359  
 NRv. 558 ... 275, 280, 319, 335,  
 338, 364  
 NRv. 612 ... 305  
 NRv. 676 ... 321  
 NRv. 700 ... 322, 325, 333  
 NRv. 700-710 ... 316-317, 322  
 NRv. 701 ... 323-324  
 NRv. 702 ... 323  
 NRv. 703 ... 323  
 NRv. 704 ... 316, 323, 334  
 NRv. 705 ... 321, 323-324, 334  
 NRv. 706 ... 324  
 NRv. 707 ... 323  
 NRv. 708 ... 320, 323  
 NRv. 709 ... 287, 324, 328  
 NRv. 710 ... 287, 324  
 NRv. 711 e.v. ... 191  
 NRv. 730 ... 331  
 NRv. 730-737 ... 11, 191, 275,  
 286, 289-290, 326, 330, 335,  
 364, 370  
 NRv. 731 ... 331-332  
 NRv. 732 ... 331-332  
 NRv. 733 ... 332-333  
 NRv. 734 ... 323, 333

NRv. 735 ... 333  
 NRv. 736 ... 290, 294, 302, 330,  
 334  
 NRv. 737 ... 334  
  
 Rv. 5 ... 98  
 Rv. 19 ... 162  
 Rv. 52 ... 175  
 Rv. 53 ... 339  
 Rv. 56 ... 50  
 Rv. 81 ... 361  
 Rv. 85 ... 313  
 Rv. 86 ... 360  
 Rv. 117 ... 84, 162  
 Rv. 122 ... 84, 105  
 Rv. 122-124 ... 10, 148, 152,  
 161  
 Rv. 123 ... 84, 147-148, 339  
 Rv. 124 ... 44, 73, 84, 147-148,  
 175, 337  
 Rv. 125j ... 165-166  
 Rv. 289 ... 169, 321  
 Rv. 289-297 ... 168  
 Rv. 292 ... 170  
 Rv. 430 ... 8, 37, 141, 148,  
 151, 166  
 Rv. 430-438b ... 161  
 Rv. 431 ... 8, 141, 148  
 Rv. 432 ... 92, 168, 197  
 Rv. 433 ... 313, 360  
 Rv. 434 ... 141  
 Rv. 435 ... 149  
 Rv. 436 ... 8, 141, 144, 146,  
 149-150, 152, 154, 156, 162,  
 166, 318, 369  
 Rv. 437 ... 149, 320  
 Rv. 438 ... 45, 145, 149, 153,  
 155  
 Rv. 438a ... 149, 320  
 Rv. 438b ... 98, 150, 339, 370  
 Rv. 439 e.v. ... 2, 151, 198,  
 202  
 Rv. 444 ... 44, 170-171, 173,  
 338  
 Rv. 444 e.v. ... 11, 77, 152,  
 359, 369  
 Rv. 444-444b ... 167, 170, 196  
 Rv. 444a ... 92, 167, 172-174,  
 322  
 Rv. 444b ... 92, 172-174, 200  
 Rv. 490a ... 92, 166, 318, 326  
 Rv. 490a-490d ... 10, 48, 152,  
 161, 164-165, 194, 326, 369  
 Rv. 490b ... 166-167  
 Rv. 490c ... 167  
 Rv. 490d ... 167-168, 328

Rv. 491 e.v. ... 174, 198  
 Rv. 505 ... 112, 200  
 Rv. 529 ... 80, 83-84, 152, 174,  
 176, 359  
 Rv. 537c ... 176  
 Rv. 537i ... 80, 176  
 Rv. 544 ... 80  
 Rv. 585 ... 2  
 Rv. 585 e.v. ... 178, 187  
 Rv. 587 ... 179  
 Rv. 589 ... 80, 149-150, 152  
 Rv. 589a ... 179  
 Rv. 611 ... 351  
 Rv. 611a ... 2, 186-188  
 Rv. 611a e.v. ... 136, 182  
 Rv. 611d ... 321, 351  
 Rv. 611i ... 185, 285  
 Rv. 612 ... 64-65  
 Rv. 613 ... 64-65  
 Rv. 624 ... 309, 363  
 Rv. 642(oud) ... 8, 362  
 Rv. 644(oud) ... 159  
 Rv. 683-688 ... 116  
 Rv. 687 ... 116  
 Rv. 689-694 ... 116  
 Rv. 693 ... 116  
 Rv. 696 ... 309, 363  
 Rv. 697 ... 115  
 Rv. 721 ... 73, 86, 152-153,  
 194, 296  
 Rv. 721-726 ... 195, 331  
 Rv. 725 ... 200, 333  
 Rv. 726 ... 196  
 Rv. 727 ... 193  
 Rv. 770 ... 84  
 Rv. 770a e.v. ... 192, 197  
 Rv. 770f ... 197, 200  
 Rv. 770g ... 197  
 Rv. 771 e.v. ... 197  
 Rv. 772 ... 198-199  
 Rv. 779 ... 199  
 Rv. 808 e.v. ... 199  
 Rv. 808b ... 200  
 Rv. 808i ... 200  
 Rv. 825b ... 133, 201-202  
 Rv. 836 ... 204  
 Rv. 839 ... 176  
 Rv. 839 e.v. ... 176, 204  
 Rv. 839-843 ... 161  
 Rv. 840 ... 176  
 Rv. 841 e.v. ... 148, 157  
 Rv. 912 ... 131, 137, 161,  
 202-204  
 Rv. 925 ... 35, 131, 137, 148,  
 161, 203-204



Rv. 926 ... 131, 137-138, 161,  
202-204  
Rv. 985 ... 8, 362  
Rv. 985 e.v. ... 159, 204  
Rv. 985-992 ... 149  
Rv. 993 ... 362  
Rv. 995-998 ... 278  
Rv. 999 e.v. ... 278

Rv. 1026 ... 153  
Rv. 1027 ... 153  
Rv. 1056 ... 185, 281, 285  
Rv. 1062 ... 8, 159, 362  
WTL 6 ... 83-84, 291, 296, 310,  
313, 331, 357, 360, 365, 370

## CURRICULUM VITAE

A.W. Jongbloed werd op 25 september 1957 geboren te Leeuwarden. In juni 1976 behaalde hij het Atheneum-A diploma aan de Rijksscholen-gemeenschap in dezelfde plaats. Aansluitend studeerde hij rechten aan de Rijksuniversiteit te Groningen, waar hij in juni 1981 de doctoraal-examens Nederlands recht (in de hoofdrichtingen privaatrecht en sociaal-economisch recht) en Notarieel recht aflegde.

Per 1 september 1981 trad hij in dienst van de Katholieke Universiteit te Nijmegen bij de sectie Algemene Inleiding tot de Rechtswetenschap. Vanaf februari 1987 is auteur tevens (part-time) waarnemend-griffier bij de arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch.

# Stellingen


1. Het 'zwart' maken van beslagen dient een wettelijke basis te verkrijgen, opdat in ieder arrondissement de schuldenaar die het leggen van conservatoir beslag vreest, zich bij brief van een procureur tot de president van de rechtbank kan wenden met het verzoek om, wanneer een beslagrekest ingediend wordt, vooraf gehoord te worden.
2. Het dient mogelijk te zijn een van een strafbaar feit verdachte te veroordelen mede op basis van een anonieme getuigenverklaring, maar de wetgever dient het onmogelijk te maken dat een veroordeling uitsluitend op de verklaring van een anonieme getuige berust.
3. Het verbod van discriminatie in art. 1 Grondwet omvat zowel de humanitaire als de economische discriminatie, zodat niet alleen discriminatie door de lagere overheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht in strijd is met de Grondwet, maar ook de boycot van bedrijven die zaken doen met Zuid-Afrika of die in enigerlei mate betrokken zijn bij de uitbreiding van de vliegbasis Woensdrecht.
4. Art. 23 van de Faillissementswet biedt geen grondslag voor een terugvorderingsrecht van de curator, indien de gefailleerde na de faillietverklaring, maar voor de publikatie daarvan, een schuldeiser, die ook niet op andere wijze met het faillissement bekend was, heeft voldaan met contante middelen die hij nog tot zijn 'beschikking' had.
5. Het is tekenend voor een land als de DDR, waar de vrijheid van meningsuiting in ernstige mate is beknot, dat in de Chronologische Inhaltsverzeichnis der DDR-Gesetze begonnen wordt met: 8. Februar 1950, Gesetz über die Bildung eines Ministeriums der Staatssicherheit.
6. Art. 16 sub 2 EEG-Executieverdrag dient te worden verstaan als een verbijzondering van een regel van o.m. Nederlands commun Internationaal Privaatrecht volgens welke de Nederlandse rechter zich steeds bevoegd moet verklaren indien de rechtspersoon beheerst wordt door Nederlands recht en onbevoegd als het rechtspersonen betreft die beheerst worden door het recht van een vreemd land.
7. Het heffen van omzetbelasting door de Staat der Nederlanden op gouden munten, die in het uitgevende land als wettig betaalmiddel fungeren, is onjuist.
8. De verplichting een proefschrift te schrijven, een verplichting die vele faculteiten bij het in dienst treden van hun wetenschappelijk personeel stellen, is niet reëel executabel.
9. De afkorting Dr. kan drachme (Griekse munt) of doctor (academische graad) betekenen; zowel de munt als de gegradueerde moeten in de praktijk de waarde bewijzen.

Stellingen behorende bij het proefschrift van A.W. Jongbloed, 'Reële executie in het privaatrecht'.

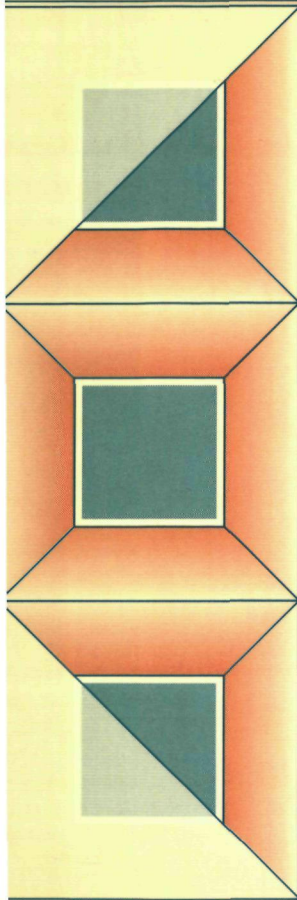
*Promotiedatum: 25 juni 1987*







Over de schrijver:  
A.W. Jongbloed (1957) studeerde rechten aan de  
RU Groningen. In 1981 legde hij de doctoraalexamens  
Nederlands Recht en Notariaat af. Sindsdien is hij  
verbonden aan de KU Nijmegen.



Over het boek:  
Reële executie betekent dat de schuld-  
eiser zonder de medewerking van de  
schuldenaar in dezelfde positie gebracht  
wordt als zou de schuldenaar vrijwillig  
zijn verplichting nagekomen zijn.

Deze rechtsfiguur ligt op de grens  
van het materiële en het formele  
privaatrecht wat er kennelijk toegeleid  
heeft dat na de verschijning van de  
pre-adviezen voor de vergadering

van de Nederlandse Juristenvereniging  
in 1900, in deze eeuw geen algemene  
behandeling van dit onderwerp  
plaatsvond.

